

LA SOUS-LOCATION

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le 1^{er} Juin 1933, à 14 heures

PAR

André INBONA

JURY... { *Président* : M. ROUAST, *professeur*.
 { *Suffragants* { M. J. DE LA MORANDIÈRE { *professeurs*.
 { M. AMIAUD

PARIS
LES EDITIONS DOMAT-MONTCHRESTIEN

F. LOVITON et Cie
160, RUE SAINT-JACQUES

1933

Inbona.

a.

THÈSE POUR LE DOCTORAT

***La Faculté n'entend ni approuver, ni désapprouver
les opinions émises dans les thèses, ces opinions
doivent être considérées comme propres à leurs
auteurs.***

LA SOUS-LOCATION

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le 1^{er} Juin 1933, à 14 heures

PAR

André INBONA

JURY... { *Président : M. ROUAST, professeur.*
 { *Suffragants* { M. J. DE LA MORANDIÈRE } *professeurs.*
 { M. AMIAUD }

PARIS
LES EDITIONS DOMAT-MONTCHRESTIEN
F. LOVITON et Cie
160, RUE SAINT-JACQUES

1933

A. HON. FERR.



10-10-1911. 10.10.1911. 10.10.1911.

A MON PÈRE

A MA MÈRE

*hommage d'affection et de
respect filial.*



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41552815_0002

INTRODUCTION

Nous nous proposons, dans la présente étude, d'examiner la sous-location dans son ensemble et de traiter en détail chacune des différentes questions qui se posent à son sujet.

Mais nous croyons utile, dès l'abord, d'avertir le lecteur que nous avons réservé une place prépondérante aux problèmes nouveaux qui se sont présentés depuis quelques années et qui ont eu leur source dans les très graves perturbations économiques et sociales dues à la dernière guerre.

Les conditions économiques nouvelles, la crise des logements qui a sévi avec une acuité inconnue jusqu'alors, la situation précaire des commerçants non propriétaires, ont fortement impressionné les tribunaux et le législateur.

Il en est résulté de part et d'autre une vigoureuse réaction qui s'est manifestée principalement de deux façons différentes :

1° Tout d'abord il s'est produit une évolution très nette de la jurisprudence en faveur du locataire et du sous-locataire, phénomène particulièrement sensible en matière d'interprétation des clauses d'interdiction à la faculté de sous-louer.

Sous ce dernier rapport, en effet, les cours d'appel rejoignant enfin la direction depuis longtemps suivie par les tribunaux de première instance, ont compris à la lumière des faits sociaux et des nécessités économiques, qu'une révision de la thèse prédominante jusqu'alors s'imposait.

Les tribunaux ont eu le mérite de se rendre compte qu'à l'époque exceptionnelle où nous avons vécu après la guerre, l'affectation des locaux d'habitation ou de négoce ne devait plus comporter aussi intensément que par le passé, *l'intuitus personae*.

Aussi la jurisprudence en recherchant de plus près quelle a été la commune intention des parties lors de la convention, en donnant, d'autre part, une extension nouvelle à la vieille théorie de l'abus des droits, s'est-elle écartée de l'interprétation rigoureuse, des clauses d'interdiction à la faculté de sous-louer, interprétation voulue incontestablement par les auteurs du code, et a-t-elle tendu à concilier les intérêts des locataires et des propriétaires avec les textes de la loi et l'idée de justice.

2° La seconde manifestation a été l'apparition d'une législation nouvelle et particulière, dite « législation spéciale des loyers », législation de guerre et d'après-guerre conçue dans le but devenu impérieux de rétablir l'équilibre qui s'était rompu entre les droits des propriétaires et ceux des locataires.

Une réforme urgente s'est imposée pour protéger les malheureux locataires terriblement menacés par la crise des logements. De là toute une série de lois parmi lesquelles nous verrons qu'il y a lieu de faire une place toute particulière, d'une part, à la loi du 1^{er} avril 1926, modifiée et complétée par la loi du 29 juin 1929, déterminant les rapports entre les bailleurs et les locataires de locaux d'habitation, et, d'autre part, à la loi du 30 juin 1926, dite loi sur « la propriété commerciale ».

Les sous-locataires intéressés comme leurs auteurs, ont été plus ou moins directement gratifiés des mêmes avantages.

Nous étudierons cette double manifestation du mouvement de réaction inauguré depuis la guerre, dans deux parties du présent ouvrage, les titres II et IV, auxquels nous avons réservé une toute particulière importance.

CHAPITRE PRELIMINAIRE

CARACTERES DISTINCTIFS DE LA SOUS-LOCATION ET DE LA CESSION DE BAIL

L'article 1717 nous révèle l'existence de deux opérations : la sous-location et la cession de bail : « Le preneur a le droit de sous-louer et même de céder son bail à un autre. »

L'énoncé du texte paraît bien indiquer qu'il existe entre ces deux opérations une différence, mais sans nous préciser de façon très claire la nature de la distinction qu'il faut faire entre elles. S'agit-il d'une différence de degré comme paraîtrait l'indiquer le mot « même » ou bien d'une différence profonde de nature ?

C'est la question que les auteurs et la jurisprudence se sont posée depuis longtemps et il faut reconnaître qu'elle est d'importance en raison de l'ignorance des parties contractantes à ce sujet ; les mots sous-location et cession de bail risquent ainsi d'être pris fréquemment l'un pour l'autre dans la pratique, et nous verrons, qu'étant donné la théorie aujourd'hui unanimement adoptée il peut en résulter de graves conséquences.

Les anciens auteurs ne paraissaient pas avoir vu dans ces deux opérations une différence de nature juridique qui permette de les distinguer de façon très nette.

D'après eux, ces deux opérations différaient non par leur nature, mais par leur étendue. Il n'y aurait qu'une

différence du tout à la partie. Le mot cession serait synonyme de sous-location totale, et le mot sous-location, tout court désignerait la sous-location partielle¹.

Pothier était de cet avis et c'est pourquoi il ne se sert jamais que du mot « sous-bailler » pour qualifier à la fois la cession de bail et la sous-location².

Cette théorie a subsisté même après le Code civil et on a soutenu³ que le législateur de 1804 n'avait pas voulu innover.

La cession de bail différerait donc de la sous-location uniquement en ce qu'elle aurait pour effet de substituer au preneur un autre locataire relativement à la totalité des lieux loués, tandis que la sous-location porterait seulement sur une partie, généralement peu importante de l'immeuble, objet du bail⁴.

Mais la jurisprudence⁵ et la majorité des auteurs⁶ ne sont pas de cet avis et estiment au contraire qu'une différence radicale, tenant à leur nature juridique même sépare les deux opérations.

La sous-location est un bail de seconde main, un nouveau bail consenti à un tiers par le preneur. Quant à la cession de bail elle est une vente ou une donation ayant pour objet la créance du preneur.

1. Planiol et Ripert, *Traité prat. de Droit civil*, t. X., p. 676 et s., n° 551 ; dissertation Planiol, D. P. 1892.2.521 ; Colmet de Santerre, t. 7, 163 bis, II ; Laurent, t. 25, n° 188 ; comp. Huc, t. 10, n° 281.

2. Pothier, *Du louage*, n° 280 ; Domat, *Des lois civiles*, liv. I, tit. IV., sect. 1, § 9, p. 58.

3. Planiol, D. P. 1892-2-521.

4. Planiol et Ripert, *Traité prat. de Dr. civ.*, t. X, p. 676, n° 551.

5. Lyon 26 déc. 1882, S. 1884-2-121 ; Toulouse, 20 juil. 1897, S. 1899-2-195 ; civ. 21 juin 1919, S. 1920-1-72.

6. Merlin, Rép. v. sous-loc. ; Guillouard, I, nos 310 à 312 ; Baudry-Lacantinerie et Wahl, I, n° 1052 ; Aubry et Rau, v. § 368, 2° et 3° ; A. Colin et Capitant, 7^e édit., t. II, n° 667. *Contra* : Laurent XXV, 188 et suiv. ; Demante et Colmet de Santerre, *op. cit.*, VII, 163 bis ; Planiol, *op. cit.*, II, n° 1750.

Cette distinction ressort de très nombreuses décisions de jurisprudence. Citons à titre d'exemple l'arrêt de la Cour de Toulouse du 7 février 1888¹ : « Attendu qu'à la différence de la cession de bail, la sous-location constitue une location nouvelle qui ne crée aucun rapport direct du sous-locataire au bailleur originaire; qu'en effet le sous-locataire n'a contracté envers le propriétaire bailleur aucune obligation; que, vis-à-vis des sous-locataires, le locataire principal joue le rôle de bailleur... » (V. également, Paris, 25 janv. 1873, S.1875.2.335, D. P. 1874.2.140; Paris, 7 fév., 1877, S. 1878.2.15, D. P. 1878.2.107; Lyon, 30 juin 1887, S. 1889.2.180, D. P. 1888.2.59).

Les auteurs, nous l'avons dit, partagent également, et d'une façon quasi-unanime, cette opinion : « Sous-louer, disent MM. Baudry-Lacantinerie et Wahl², c'est donner à bail la chose que l'on tient soi-même à ce titre ou en d'autres termes, la louer en sous-œuvre pour le tout ou pour partie à une autre personne... Céder son bail c'est transmettre à un autre à titre de cession les droits résultant d'un contrat de bail dans lequel on figure à titre de preneur. La cession de bail est un transport du droit de jouissance résultant d'un bail. Il s'ensuit d'une part, que le cessionnaire acquiert une action directe contre le bailleur et, d'autre part, qu'il ne sera saisi, à l'égard des tiers, que par l'accomplissement de l'une des deux formalités prescrites par l'article 1690.. La sous-location est un louage anté sur un autre; la cession de bail, un transport, une vente du droit de jouissance résultant d'un bail.

Cette dernière opération nous apparaît comme plus radicale que la première, et c'est sans doute l'idée qu'entend

1. S. 1888-2-101 ; D. P. 1890-2-97.

1. Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Traité du louage*, t. I, n° 1052.

exprimer l'article 1717 lorsqu'il dit que le preneur a le droit de sous-louer et même de céder un bail ».

En résumé, dans la sous-location il y a deux baux superposés, tandis que dans la cession de bail, il y a substitution d'un nouveau preneur à l'ancien par vente ou donation.

De la différence de nature entre ces deux opérations résultent les conséquences suivantes :

1^o La sous-location étant une nouvelle location, fait naître au profit du sous-bailleur un privilège sur les meubles du sous-preneur garnissant la maison louée ou la ferme (art. 2102, 1^o C. civ.). Ce privilège n'existe pas au profit du cédant¹.

De même, par application de ce principe, le Code de procédure donne au sous-bailleur le droit de faire saisir-gager pour loyers et fermages les effets et les fruits qui se trouvent dans les maisons ou dans les biens ruraux (art. 819)².

Le cédant ne peut prétendre avoir droit au même privilège.

2^o La cession de bail, en tant que cession doit être signifiée au bailleur primitif de façon à devenir opposable aux tiers (art. 1690). La sous-location ne saurait être soumise à cette formalité puisqu'elle n'est qu'un simple bail³.

Cette différence capitale est admise par tous. Cependant

1. Dalloz, *C. civ. annoté*, n^o 13 ; J. G. *Louage*, n^o 425 ; Pothier, n^o 280 s. ; Duvergier, t. 3, n^o 379 ; Guillouard, t. I, p. 314 ; Aubry et Rau, t. IV, p. 493 ; Baudry-Lacantinerie et Wahl, t. I, p. 1053, n^o 10 ; Thiry, t. IV, n^o 37 ; Huc, *Traité de la cession et de la transmission des créances*, t. I, p. 209. Jurispr. v. notamment Trib. civ. Niort, 11, avril 1871, *Gaz. Pal.* 15 avril 1891 ; Planiol et Ripert, *Traité prat. de dr. civ.*, t. X., p. 676 et s., n^o 551.

2. Laurent, t. XXV, n^o 195.

3. *D. J. G. S.*, louage, 250 ; Laurent, t. XXV, n^o 284 ; Guillouard, t. I, p. 317, 346 ; Baudry-Lacantinerie et Wahl, 1053-1080 ; jurispr. notamment Paris 24 janv. 1873, *D.* 1874-2-140 ; Planiol et Ripert, *op. cit.*, t. X ; Colin et Capitant, *op. cit.*, n^o 667.

M. Aubry et Rau¹ l'ont contestée : « La propriété d'un bien cédé, c'est-à-dire le pouvoir exclusif d'exercer les actions qui y sont attachées, se transmet, sauf les exceptions ci-après indiquées et les modifications résultant de la loi du 23 mars 1855 sur la transcription, non seulement entre les parties, mais même au regard des tiers, par le seul effet de la cession... Cette règle s'applique... même à la cession de droits personnels sur les objets immobiliers ou sur des objets mobiliers déterminés, dans leur individualité, tels par exemple que le droit de bail. »

3° Le sous-preneur peut exiger du sous-bailleur qu'il fasse les réparations prévues par l'article 1720 du Code civil. Le cessionnaire doit accepter la chose dans l'état où elle se trouve au moment de la cession, et ne peut non plus, dans la suite, demander aucune réparation; le cédant ne lui doit que la garantie de l'existence du bail².

4° Dans la sous-location, on se trouve en présence de deux baux, absolument distincts, qui règlent les rapports respectifs des parties entre lesquelles ils sont intervenus. Ces deux baux ne peuvent avoir d'action l'un sur l'autre. Ainsi le sous-locataire ne saurait se prévaloir d'une clause du bail primitif qui n'aurait pas été reproduite dans le sous-bail, inversement si dans le bail primitif, il y avait une clause dérogatoire du droit commun, elle ne serait pas opposable au sous-locataire.

Dans la cession de bail, au contraire, le cessionnaire n'a que les droits appartenant au cédant et si, dans le bail primitif il y a des clauses exorbitantes, le cessionnaire

1. Aubry et Rau, 4^e édit., t. IV, § 359, p. 425.

2. Planiol et Ripert, *op. cit.*, t. X, n° 551 ; Laurent, t. 25, n° 197 et 207 ; Guillouard, t. I, n° 315 ; Baudry-Lacantinerie et Wahl, et Beudant, t. I, p. 618, note 3.

est obligé de les respecter sans aucun recours en garantie contre son cédant¹.

Toutefois le cessionnaire n'est lié que par les clauses qui affectent le contrat de louage lui-même et non par les clauses intrinsèques à ce contrat et qui sont intervenues à titre de conventions purement personnelles entre le bailleur et le preneur primitif. Par exemple la clause que le preneur primitif, nonobstant toute cession intervenues demeurera garant solidaire du paiement du loyer, n'a pas pour effet de rendre également garants solidaires les cessionnaires successifs qui ont eux-mêmes cédé le bail². Mais s'il avait été convenu dans le bail que la solidarité embrasserait le preneur et tous ceux qui, comme cessionnaires, accèderont à son obligation, chacun des cessionnaires successifs serait tenu solidairement³.

5° Si le bail a été fait pour un bien rural, et qu'il ait été sous-loué, le sous-locataire qui, par suite d'un cas fortuit, serait privé de la moitié de ses récoltes, aurait droit à une diminution de loyers vis-à-vis du fermier principal conformément à l'article 1769.

Le cessionnaire ne peut, au contraire, demander de remises de fermages qu'au bailleur et seulement dans le cas où le cédant eut pu le faire lui-même⁴.

6° La preuve de la cession est plus facile à faire évidemment que celle de la sous-location. Cette dernière

1. *J. G. S. louage*, 250-261-264; en ce sens Laurent, t. XXV, n° 194; Aubry et Rau, 4^e édit., § 68, p. 493; Guillouard, t. I, p. 316; Baudry-Lacantinerie et Wahl, t. I, n° 1053, n° 10; Planiol et Ripert *op. cit.*, t. X, n° 551.

2. Paris, 29 fév. 1876, D. P. 1877-2-224.

3. Dissertation de M. Labbé, Sir. 1876-3-329, 3^e col.

4. Laurent, t. 25, n° 197 et 207; Guillouard, t. 1, n° 318; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *loc. cit.* et n° 1122, 1127 *in-fine*, 1130 *in-fine*.

preuve est en effet régie par les articles 1715-1716, du Code civil.

7° Une autre différence admise par un certain nombre d'auteurs consiste en ce que la cession de bail transmet au cessionnaire le droit de jouissance qui appartenait au cédant contre le bailleur. Il en est autrement du sous-locataire.

Nous reviendrons d'ailleurs sur ce dernier point en ce qui concerne la sous-location dans le titre III de la présente étude, dans lequel nous traiterons des effets de la sous-location.

8° Enfin, la juridiction spéciale des loyers a, dans certains textes, semblé distinguer la cession de bail de la sous-location.

C'est ainsi que le cessionnaire peut, s'il s'agit de locaux à usage commercial ou industriel, faire valoir ses droits à ce que l'on appelle la propriété commerciale (droit au renouvellement, loi du 30 juin 1926, art. 2).

Pour le sous-locataire la question n'est pas nette. Elle a été très discutée en pratique. Plusieurs cours d'appel notamment n'ont pas cru devoir admettre que la loi précitée était applicable dans les rapports du locataire principal et du sous-locataire¹.

C'est toutefois en sens contraire que la Cour de cassation s'est fixée².

On peut donc considérer que cette dernière différence entre la cession de bail et la sous-location est désormais condamnée³.

Dans la pratique on emploie assez fréquemment les

1. Paris, 17 mars 1928, *Gaz. Pal.* 1928-1-653 ; v. article J. Colin de Verdière, *D. H.*, *Chr.* 1929, p. 33.

2. Civ. 19 juin 1929, *D. H.* 1929-327.

3. Jossierand, *Cours de droit civ. positif franç.*, t. II, p. 583, n° 1224.

mots cession de bail et sous-location l'un pour l'autre. Il en résultera évidemment une confusion regrettable dont les conséquences sont parfois graves. L'erreur la plus souvent commise consiste à se servir de l'expression « céder son bail », pour désigner une sous-location portant sur la totalité de la chose louée. Il arrivera donc souvent que les parties ayant eu l'intention de faire une sous-location totale, auront désigné l'opération sous le nom de cession de bail.

Avant tout évidemment il faudra tenir compte de la volonté des parties contractantes. Mais à quel signe la reconnaître?

Tout d'abord le juge ne saurait se déclarer lié par l'expression choisie; il lui incombe de rechercher si l'ensemble de l'acte ne conduit pas à attribuer une intention différente¹.

Le mode de paiement du prix fournit un élément sérieux d'appréciation. En effet la sous-location implique presque toujours, une série de paiements égaux et périodiques, tandis que la cession de bail ne se fait que moyennant paiement d'un prix fixe, comptant ou à une seule brève échéance².

D'autre part, s'il s'agit d'une faible partie des lieux loués, il est beaucoup plus vraisemblable qu'il y a eu sous-location même si les parties ont employé le mot cession de bail³.

Enfin, si dans le bail rien ne permet de discerner l'intention des parties, il convient, semble-t-il, de présumer

1. Baudry-Lacantinerie et Wahl, *loc. cit.*; Colin et Capitant, 7^e édit., n° 667; cf. Planiol et Ripert, *op. cit.*, t. X, n° 551.

2. Planiol et Ripert, *op. cit.*, t. X, n° 551; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *loc. cit.*

3. Laurent, XXV, n°s 187 et suiv.; Guillouard, *loc. cit.*; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *loc. cit.*; Aubry et Rau, *loc. cit.*

la sous-location dont les effets sont plus proches du bail primitif¹.

Cette distinction préliminaire entre la sous-location et la cession de bail, étant faite, nous laisserons désormais la cession de bail de côté pour ne plus nous occuper que de la seule sous-location.

Toutefois nous serons amené à parler encore de la cession de bail à propos des clauses prohibitives et restrictives à la faculté de sous-louer, en raison de l'enchevêtrement des questions qui se posent à ce sujet et aussi en raison des erreurs déjà signalées et fréquemment commises par les parties qui emploient indistinctement ces deux expressions l'une pour l'autre.

1. Planiol et Ripert, *op. cit.*, t. X, n° 551 ; Guillouard, I, n° 319 ; Baudry-Lacantinerie et Wahl, I, n° 1052.

TITRE I

Le droit de sous-louer

Principe - Portée d'application

CHAPITRE PREMIER.

DU DROIT DE SOUS-LOUER LE BAIL

Le bail à loyer n'est pas aux yeux du législateur français un de ces contrats dont on dit qu'ils sont normalement faits « *intuitu personae* », passés avec une personne dont on a envisagé les qualités personnelles et qu'on ne peut accepter de voir remplacer par une autre dans l'exécution de ses engagements. « Le contrat de louage n'est pas résolu par la mort du bailleur, ni par celle du preneur » (Code civil, art. 1742). — Et de leur vivant le bailleur et le preneur peuvent céder à un tiers leurs droits au prix du bail et à la jouissance de la chose.

Le Code civil n'a pas cru devoir sanctionner ce droit pour le bailleur tandis qu'il l'a fait expressément pour le preneur, article 1717 : « Le preneur a le droit de sous-louer, et même de céder son bail à un autre si cette faculté ne lui a pas été interdite... » Le bailleur qui est le plus souvent propriétaire, court évidemment des risques plus graves que le preneur au cas de changement de l'autre partie.

Le preneur ne pourrait se plaindre du changement de bailleur qu'au cas où le nouveau se trouverait être un homme chicanier. La plupart du temps il ne trouvera pas grande différence et sa situation dans l'immeuble ne sera

pas modifiée. Le pire qui puisse lui arriver en tout cas c'est de changer de logement, ce qui en période normale ne présente pas de gravité particulière.

Tout au contraire le bailleur peut encourir de sérieux ennuis du fait du changement de locataire. Il peut voir en effet entrer chez lui n'importe qui et l'on conçoit qu'il puisse avoir les craintes les plus graves sur la conservation de son bien.

Voilà pourquoi sans nul doute le Code civil, à la suite de notre ancienne jurisprudence, a jugé nécessaire d'affirmer le droit du preneur de céder sa jouissance. Voilà qui explique aussi la fréquence de la clause, réservée par l'article 1717, par laquelle le bailleur interdit au preneur cette cession.

Historique du droit de sous-louer.

1. Les Romains n'ont jamais pu admettre que le locataire puisse avoir la faculté de se substituer un cessionnaire, c'est-à-dire de se faire remplacer dans ses droits et ses obligations par un tiers. Ils ne connaissaient pas à vrai dire la cession de créance qu'ils remplaçaient par des équivalents : *Novatio*, ou *procuratio*.

Par contre le Droit romain admit en principe la faculté pour le locataire de sous-louer à un tiers, tout ou partie de la chose à lui louée.

Le Digeste posait la règle pour les maisons, mais sans paraître exclure la sous-location des autres immeubles¹.

1. « Cum in plures annos domus locata est, praestare locator debet, ut non solum habitare conductar ex calendis illis cujusque anni, sed etiam locare habitatori si velit suo tempore possit » (L. 60, pr. ff. Locat. conduct. XIX, II) ; Labéon, Posteriorum, lib. 5, a Javoleno epistomatorum.

En effet, ce principe fut plus tard étendu à tous les immeubles¹. Mais cette règle n'existait que sauf convention contraire².

2. Pothier³ reconnaît lui aussi la faculté pour le locataire de sous-louer son bail. Il le dit expressément : « Un locataire ou un fermier, peut sous-bailler en tout ou en partie à des tiers ».

Il indique également que comme en Droit romain, on a admis de bonne heure pour le bailleur la possibilité d'empêcher la sous-location par une clause expresse contenue dans le bail. Il nous signale même que cette clause restrictive des droits du locataire était interprétée d'une manière tout à fait spéciale par la jurisprudence.

« Cette clause, dit-il, ne s'exécute pas toujours à la rigueur : Lorsque le locataire qui a fait sous-bail avec cette clause, étant obligé de quitter la maison, présente au seigneur d'hôtel un sous-locataire *oëque idoneum*, c'est-à-dire qui est tel qu'il est indifférent au seigneur d'hôtel, que ce soit lui ou le principal locataire qui occupe la maison, en ce cas, tout l'effet de la clause est que le seigneur d'hôtel peut reprendre sa maison et faire prononcer le résiliement du bail... »

Mais, « s'il ne veut pas reprendre le bail, il ne doit pas être écouté à empêcher l'exécution du sous-bail⁴. »

Pothier nous donne ensuite un motif plus humanitaire

1. « *Nemo prohibetur rem quam conduxit, fruendam alii locare* » (Loi 6, code, livre IV, titre 65, Alexand, Victorino).

2. « *Si nihil aliud convenit* », dit la loi précitée.

3. Pothier, Louage, n° 280, cf. Brodeau, *Cout. de Paris*, art. 161. n° 16, art. 162, n° 2 et 3 ; Ferrière, *Corps et compilat. sur la coutume de Paris*, II, art. 162.

4. Pothier, Du louage, n° 283 ; Denizart, v. *Bail à loyer* ; Bourzon, *Dr. comm. de la France*, II, liv. IV, sect. 5 et 6 ; Charondas, *Pandectes*, liv. IV, ch. XV ; Despeisses, tit. II, sect. 4, n° 25.

de cette réserve, admise, paraît-il, par la jurisprudence du Châtelet de Paris et du Châtelet d'Orléans.

« C'est une suite du grand principe d'amour du prochain qui est le principe fondamental du droit naturel ; il est évident qu'il nous oblige à consentir à toutes les choses, qui sans nous causer aucun préjudice peuvent faire plaisir au prochain. »

3. Le projet du Code civil adoptait presque complètement les idées de Pothier, reconnaissant au bailleur la faculté de transmettre à une autre personne le bénéfice résultant du contrat passé par lui. Comme lui d'ailleurs, il avait des doutes sur la nature exacte de la sous-location et de la cession de bail ; aussi ne cherchait-il pas trop à distinguer entre ces deux opérations.

Toutefois, les deux expressions étant employées dans la pratique, les rédacteurs les firent passer dans les articles du Nouveau code article 10 : « Le preneur a le droit de sous-louer et même de céder son bail à un autre, si cette faculté ne lui a pas été interdite¹. »

Les articles 11-16 du projet indiquaient comment devait s'interpréter l'interdiction du droit de céder le bail à un autre ou de sous-louer. La clause était de rigueur s'il s'agissait d'un bien rural ou d'une usine. Mais, s'il s'agissait d'une maison, les rédacteurs du projet admettaient le tempérament équitable indiqué par Pothier. Le propriétaire était forcé de demander la résiliation ou d'accepter le nouveau locataire.

Il n'y eut de la part des tribunaux d'appel que des modifications imperceptibles du projet. Mais le Tribunal de cassation désireux de rompre complètement avec les

1. Ferret, t. II, p. 352-353.

traditions historiques, bien que les cours d'appel aient accepté le projet proposa un autre texte : « Dans tous les baux, disait le tribunal, la considération de la personne du preneur entre nécessairement dans les motifs de la convention ; il paraît donc naturel d'en conclure que, lorsqu'il n'y a pas convention contraire, le bailleur n'est pas censé avoir entendu accorder la faculté de céder son bail ni de sous-louer. »

Le tribunal proposait en conséquence de remplacer l'article 10 du projet par le texte suivant : « Le preneur soit d'un bien rural, soit d'une usine, soit d'une maison d'habitation ou d'un appartement, n'a pas le droit de céder son bail, ni même de sous-louer, à moins que cette faculté ne lui ait été formellement consentie¹. »

Le motif invoqué était que le droit de sous-louer : « ne se conciliait pas avec l'intérêt de la propriété et avec le respect qui lui est dû². »

Le contre-projet ne fut pas adopté et ainsi fut conservée l'ancienne règle qui accordait au preneur le droit de céder ou de sous-louer son bail à moins de convention contraire.

Lorsque, exceptionnellement, le bailleur a eu en vue la personne même du preneur, il lui est toujours possible pour bien montrer qu'il a contracté *intuitu personae* d'insérer dans le bail une clause prohibant la sous-location.

4. Ainsi la règle traditionnelle de l'ancienne jurisprudence arriva-t-elle jusqu'au Code civil. Le texte définitif de l'article 1717 fut adopté sans discussion.

Article 1717 : « Le preneur a le droit de sous-louer,

1. Ferret, t. II, p. 930.

2. Ferret, t. XIV, p. 236.

et même de céder son bail à un autre si cette faculté ne lui a pas été interdite.

« Elle peut être interdite pour le tout ou pour partie. Cette clause est toujours de rigueur. »

C'est donc tout d'abord par la tradition qu'on peut justifier le principe du droit de sous-louer établi par l'article 1717.

Mais on peut en outre le justifier en fait, en s'appuyant sur des motifs très sérieux et équitables.

Lorsque le locataire se trouve dans l'obligation de sous-louer, deux intérêts opposés sont en réalité en présence : L'intérêt du sous-locataire à pouvoir sous-louer, sinon il devrait souvent payer deux loyers, sans compensation et cela sans qu'on puisse lui imputer la moindre faute, car la plupart du temps le fait qui force une personne à quitter son logement est impossible à prévoir. L'intérêt du bailleur qui souhaite de voir la sécurité de son immeuble se maintenir.

Entre ces deux intérêts nous pensons pouvoir affirmer que le premier, celui du preneur est beaucoup plus considérable que le second. En effet il n'est pas douteux qu'il soit indifférent au bailleur de voir son bien occupé par telle personne ou telle autre puisqu'en définitive le preneur primitif est toujours là pour assurer le paiement des loyers.

D'autre part le bailleur a toujours le droit d'expulser un locataire récalcitrant qui se refuserait à jouir de la chose en bon père de famille.

Enfin il est toujours loisible au bailleur d'insérer au bail, si bon lui semble, une clause d'interdiction formelle à la faculté que le locataire tire de l'article 1717,

Il est intéressant pour terminer d'indiquer rapidement ce que décident sur ce point les législations étrangères.

Le Code civil allemand (art. 549) établit en règle que le preneur ne peut céder sa jouissance à un tiers sans le consentement du bailleur. Il complète d'ailleurs cette disposition par la suivante, qui nous paraît constituer un régime très satisfaisant, ménageant les intérêts légitimes des deux parties : Si le bailleur refuse son consentement sans donner de raison sérieuse à l'appui contre le tiers présenté par le preneur, celui-ci peut résilier le bail.

Le Code suisse des obligations considère de son côté que le droit du preneur de se substituer un tiers dans la jouissance ne doit être admis en règle que dans le bail à terme (art. 264 et 289 du code révisé des obligations).

Notre Code civil décide d'ailleurs de même au cas de bail à colonat partiaire (art. 1763).

Il s'inspire de l'idée déjà énoncée par Pothier¹, d'après laquelle : « Il n'est pas également indifférent d'avoir un tel pour fermier plutôt qu'un autre, comme il est à l'égard d'un locataire d'une maison; tous les fermiers ne cultivant pas également bien une terre ».

D'après Bourzon² le fermier ne pouvait céder son bail même en l'absence de clause prohibitive. Pothier en tirait cette conséquence que la clause « de ne point sous-bailler une métairie », devait être plus scrupuleusement exécutée que celle de ne point sous-bailler une maison. Et comme la raison n'est pas sans valeur, nous imaginons que la jurisprudence moderne, le cas échéant, ne jugerait pas autrement.

1. Pothier, *Contr. de louage*, n° 284, éd. Bugnet, t. 4, p. 100.

2. Bouyon, *Dr. commun de la France*, liv. IV, t. IV, ch. III, sect. 1^{er}, n. 2, éd. 1770, t. 2, p. 43.

CHAPITRE II

BIENS POUVANT FAIRE L'OBJET D'UNE SOUS-LOCATION

Le droit pour le preneur de sous-louer son droit au bail existe pour tous les biens qui peuvent faire l'objet d'un louage¹.

La disposition de l'article 1717, placée sous la rubrique : « Des règles communes aux baux de maisons et des biens ruraux » est générale dans ses termes, et ne saurait, dans son application, recevoir d'autres exceptions que celles que la loi elle-même a pu consacrer².

Des termes généraux de l'article 1717 il faut donc logiquement conclure que le droit de sous-louer existe quelle que soit la nature de l'immeuble loué, ou immeuble affecté à usage industriel ou commercial.

Des exemples nombreux ont été donnés par les auteurs et notamment par Guillouard. C'est ainsi que le droit de sous-louer peut porter sur une usine, une ferme, un moulin — même sur des meubles — puisque les règles posées au titre du louage sont applicables aux baux de meubles³. On va

1. Guillouard, t. I, p. 321 ; Baudry-Lacantinerie et Wahl, 2^e édit., t. I, n^o 1063.

2. Paris, 20 juin 1861, D. P. 1862-2-65.

3. Guillouard, *op. cit.* ; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *op. cit.* ; Valéry, n^o 24.

jusqu'à prétendre qu'il peut porter sur des navires, et il y a de nombreux exemples de ce cas¹.

En outre, et en l'absence de conventions contraires, on doit décider que le droit de sous-louer s'applique aussi bien aux appartements meublés qu'aux appartements non-meublés. C'est du moins l'opinion dominante². Toutefois, on estime que la solution doit dépendre des circonstances et que, très souvent, une telle location est plus que d'autres consentie en considération de la personne.

Nous pensons que cette remarque n'est que rarement exacte, et qu'en tous cas il convient d'écarter ici toute solution absolue et de laisser aux tribunaux le soin d'apprécier dans chaque espèce ce qu'il en est exactement³.

D'ailleurs, depuis la loi du 20 Juillet 1924 qui porte interdiction de transformer en meublé des locaux d'habitation antérieurement loués nus, la validité des sous-locations en meublé se trouve expressément reconnue⁴.

Le même droit pour le preneur de sous-louer existe aussi pour les meubles incorporels, tel par exemple que l'exploitation d'un journal, ainsi que le décida la cour de Lyon le 1^{er} Mai 1890, pour le nom commercial et les brevets d'invention⁵.

Il existe également en matière de droit de chasse⁶. On ne

1. De Courcy, *Question de droit maritime*, 1^{re} série, p. 127 ; Desjardins, *Tr. de dr. com. marit.*, t. III, p. 711.

2. *J. G. S.*, Louage, 248 ; Paris, 20 juin 1861 précité ; Aubry et Rau, 4^e édit., t. 4, § 368, p. 490 ; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *op. cit.*, n^o 1064 ; Guillaud, *op. cit.*, 3^e édit., t. I, n^o 321.

3. D. P. 1862-2-65, note 1, *in fine*.

4. L'art. 3 de cette loi énumère en effet les cas où exceptionnellement « demeurent autorisés les locations et sous-locations en meublés ».

5. *Mon. jud. Lyon*, 1^{er} mai 1890.

6. V. appendice au Code forestier annoté, chasse, p. 757 et 771. Loi 3 mai 1844, art. 1, n^{os} 410 et s., 857 et s.

saurait donc semble-t-il, faire aucune exception arbitraire à la règle posée par l'article 1717¹.

La cour de Paris a eu cependant à juger que la concession du droit d'exploiter, pendant plusieurs années, une carrière à plâtre, ne peut pas, dans le silence du contrat sur le droit de sous-louer être valablement transmise à un tiers par le concessionnaire, attendu que le propriétaire bailleur a le plus grand intérêt à ce que les travaux d'exploitation soient toujours dirigés par celui-là même auquel il a loué et dans la capacité duquel il a mis sa confiance².

On a jugé également qu'un locataire à titre gratuit ne pouvait pas sous-louer. La raison en est d'ailleurs facile à apercevoir et tient toute entière dans ce fait que le locataire à titre gratuit n'est pas un véritable preneur³.

1. *J. G.*, *Louage*, 435. En ce sens Troplong : *Commentaires des titres de l'échange et du louage*, t. I, n° 131. Baudry-Lacantinerie et Wahl, 2^e édit., t. I, n° 1067.

2. Paris, 28 juill. 1825, *J. G. Louage*, 435.

3. Baudry-Lacantinerie et Wahl, *op. cit.* ; C. *supr.* Norvège, 22 janv. 1833 ; *Journ. de dr. intern.*, t. X, 1883, p. 646.

TITRE II

Restrictions à la faculté
de sous-louer

CHAPITRE PREMIER

RESTRICTIONS LEGALES A LA FACULTE DE SOUS-LOUER

L'article 1717 du Code civil, en posant le principe de la faculté pour le preneur de sous-louer, ou de céder son bail, a également posé le principe des restrictions qui peuvent être apportées à cette faculté.

« Le preneur a le droit de sous-loyer, et même de céder son bail à un autre, si cette faculté ne lui a pas été interdite. *Elle peut être interdite pour le tout ou partie.* Cette clause est toujours de rigueur ».

Ces restrictions peuvent émaner du bailleur, qui en définitive est le principal intéressé, puisque l'immeuble loué est sa chose. Mais, il est une autre source d'interdiction qui pour être moins importante et moins développée, n'en existe pas moins : c'est la loi.

Il y a donc, à côté des restrictions conventionnelles à la faculté de sous-louer, des restrictions légales.

Elles étaient rares autrefois, mais depuis ce qu'il est convenu d'appeler la législation spéciale des loyers, législation d'après-guerre, ces causes d'interdiction sont devenues un peu plus nombreuses.

Nous nous bornerons ici à énumérer quelques-unes de ces

restrictions légales, renvoyant d'ailleurs, pour plus de détails, en ce qui concerne la législation sur les loyers, au titre IV de ce traité que nous lui consacrons en entier.

I. Le bail à colonat partiaire

Comme exemple de restrictions légales, on citait autrefois, celle énoncée par l'article 1763 du Code civil en matière de *bail à colonat partiaire*, dénommé encore *métayage*.

« Celui qui cultive sous la condition d'un partage de « fruits avec le bailleur, ne peut ni sous-louer, ni céder, « si la faculté ne lui en a été expressement accordée par le « bail ».

C'est exactement le principe inverse de celui énoncé par l'article 1717. Et cependant l'application de ce dernier article aux baux à ferme est partout reconnue.

Comment expliquer dès lors ce renversement de principe ?

C'est tout d'abord parce que le bail à colonat partiaire contrairement au bail ordinaire, implique le plus souvent un choix spécial du locataire. Le colon partiaire ou métayer n'est pas un locataire quelconque. Il est, en effet, le gérant du propriétaire, et de son honnêteté, de ses aptitudes, de son habileté, dépendront dans une large mesure pour celui-ci les bénéfices qu'il retirera de son bien. On comprend dès lors que le propriétaire mette un soin tout particulier au choix de son colon partiaire et l'on comprend aussi que celui-ci ne puisse à son gré se faire remplacer.

Mais la prohibition contenue dans l'article 1763 s'explique encore par cette idée que le colonage partiaire présente une certaine ressemblance avec le contrat de société. Il y a entre le propriétaire et le colon partiaire un partage de bénéfices comme dans la société.

Gaius constatait déjà cette analogie dans la loi 25, § 6

(Digeste, L. XIX, titre 2 : « *Alioquin partiarius colonus quasi societatis jure* », et *damnum et lucrum cum domino fundi partitur*)¹.

Au reste, presque tous les auteurs et jurisconsultes qui ont étudié le colonat partiaire depuis le Code civil, partagent ce sentiment². La jurisprudence a adopté également cette opinion (V. arrêt de la Cour royale de Limoges, 21 fév. 1839. S. 39.2.406).

M. Duvergier est, croyons-nous, le seul qui ait soutenu que le bail à colonage est un véritable bail à ferme. Il va même jusqu'à dire que « le bail à colonage, contient un élément qui répugne au contrat de société », car, dit-il, le bailleur ne court aucune chance; le fonds qui constitue sa mise ne contribue pas aux pertes.

Ce système est tout à fait inadmissible; d'abord, quand bien même on écarterait tout élément de société, est-ce qu'on pourrait trouver dans le bail à culture partiaire un prix véritable dans le sens de l'article 1709 ? De plus, M. Duvergier ne peut supposer que le bailleur apporte dans la société l'immeuble même qui sert de siège à la société, qu'il ait aliéné sa chose et ait mis en commun la propriété même de l'immeuble pour en rendre la société propriétaire. Dès lors, comment cet auteur n'a-t-il pas vu que ce qui constitue l'apport du bailleur, c'est la jouissance même de l'immeuble et qu'il y a ainsi de côté et d'autre, chance égale de dommage et de gain ? *Damnum et lucrum cum domino fundi partitur*, disait Gaius.

Nous ne nions pas assurément que quelques-unes des règles du bail à ferme ne servent à déterminer les rapports

1. Bartole, (sur la loi si merces, § vis major, D. loc. cond.) et Cujas (sur la loi 13, § I, D., Prescriptis verbis) sont du même avis.

2. Duranton enseignait que le bail à colonat partiaire n'est « qu'improprement un bail à ferme, et que c'est même une société ». Duranton, t. XVII, n° 176-177. Delvincourt, t. III, notes p. 103.

du propriétaire et du colon. L'analogie conduit à les employer de temps en temps. Mais il n'est pas douteux que le bail à colonat partiaire, est surtout une société.

Il faudra donc conclure que le colon ne pourra pas sous-louer, car il est un associé, et c'est un principe en matière de société que personne ne peut être introduit sans le consentement de tous les autres¹.

Et si le colon sous-loue, le bailleur a droit de faire résilier et d'obtenir des dommages-intérêts.

II. Restrictions formulées par la législation sur les loyers.

Les exemples de cette catégorie sont assez nombreux nous allons les énumérer sommairement :

1. C'est ainsi que la loi du 4 mai, 1920, article 3, a prescrit que le droit à la prorogation était « strictement attaché à la personne du preneur ».

2. D'autre part la loi du 9 mars 1918, article 56, complété par la loi du 23 octobre 1919, subordonne la prorogation qu'elle institue à certaines conditions, pour les baux à usage d'habitation tout au moins. Le législateur spécifie en effet que la prorogation ne sera acquise au sous-locataire que si la sous-location est antérieure à la promulgation de la loi du 23 octobre 1919.

Par contre pour les locaux à usage commercial ou industriel, la prorogation est acquise quelle que soit la date de la sous-location (Loi du 31 mars 1922, art. 2 § 1). Le texte ajoute d'ailleurs : « Cette disposition ayant un caractère interprétatif, les sous-locataires seront recevables à réclamer la prorogation nonobstant toute décision contraire, même passée en force de chose jugée, à l'exception seulement des décisions qui auraient été exécutées, et à la

1. Cf. Moricault (Ferret, t. XIV, n. 335), et M. Galli, p. 317.

condition de formuler leur réclamation dans les formes prévues par la présente loi et au plus tard dans les trois mois de sa promulgation¹. »

3. La loi du 3 mars 1922, article 1, avant-dernier alinéa, dispose que : « A dater de la promulgation de la présente loi, tout locataire qui, appelé à bénéficier d'une prorogation, a sous-loué ou sous-louera avec bénéfices, sans accord préalable avec le propriétaire, devra supporter, pour le temps correspondant à la durée de cette sous-location, une augmentation du prix du loyer originaire proportionnée aux bénéfices réalisés. »

4. En matière de baux de locaux à usage d'habitation, la loi du 1^{er} avril 1926 modifiée et complétée parla loi du 29 juin 1929, dispose, article IV : « N'ont pas droit au bénéfice de la prorogation..... 5° les locataires qui, contrairement aux clauses du bail, ont loué ou loueront la majeure partie des locaux sans l'assentiment écrit du propriétaire ».

La prorogation étant une institution qui déroge aux règles du droit commun, et faite uniquement pour protéger l'occupant effectif des lieux, on comprend fort bien que le législateur ait voulu, d'autre part, protéger le bailleur contre les abus possible du locataire qui pourrait chercher en sous-louant à faire argent de cette prolongation de son bail.

Quoi qu'il en soit, il n'y en a pas moins dans cette disposition législative particulière une restriction certaine à la faculté de sous-louer².

1. Sur les conséquences de ce caractère interprétatif reconnu par le législateur à la disposition de l'art. 2, § 1, de la loi du 31 mars 1922. voir Cass. ch. réunies, 5 avril 1922, S. 1923-1-103 ; Req. 21 juin 1926, S. 1927-1-101 et les notes sous ces arrêts.

2. Il a été jugé que même si la sous-location était permise pendant le bail, une autorisation écrite est nécessaire pour sous-louer la

5. Dans le même ordre d'idée il faut indiquer que le locataire bénéficiaire de la prorogation instituée par les lois des 1^{er} avril 1926 et 29 juin 1929, se trouve dans l'impossibilité de sous-louer sans l'assentiment du bailleur, et ce sous peine de déchéance.

Il a été jugé notamment que la sous-location contraire aux termes du bail constitue un abus de jouissance entraînant déchéance du droit à la prorogation¹. C'est l'application de l'article III des dites lois qui prévoit : « Qu'au cas où le bénéficiaire de la prorogation n'exécuterait pas les obligations mises à sa charge par le contrat, par les usages locaux, ou par la loi, ou bien ne jouirait pas des locaux en bon père de famille, le bailleur serait recevable à demander la déchéance du droit à la prorogation. »

6. De même encore l'article 9 de la loi du 30 juin 1926 sur la propriété commerciale interdit au locataire qui a bénéficié du droit au renouvellement de son bail toute cession dans un délai de trois ans sauf toutefois s'il existe un motif légitime. Cette disposition a pour but évident d'empêcher que le renouvellement du bail destiné à protéger l'instrument de travail du commerçant soit détourné de cette fin et transformé en un moyen de spéculation².

majeure partie pendant la prorogation (Com. sup. Cas., 9 juin 1928, *Rev. loy.* 1930-70).

Jugé cependant en sens contraire que la prorogation ayant lieu aux conditions du bail, la sous-location est possible sans autorisation si elle était permise au bail (Com. sup. rej. 3 juin 1929, *Rev. loy.* 1929, 872 ; Com. sup. rej. 6 juin 1929, *Rev. loy.* 1929, 875) ; même s'il s'agit de la majeure partie (Com. sup. Rej. 31 oct. 1929, *Rev. loy.* 1930 193 ; Com. sup. Cass., 18 juillet 1930, *Rev. loy.*, 1930, 1129).

1. Rej. 20 oct. 1927, *Rev. loy.*, 1927, 786 ; Rej. 8 juin 1928, *Rev. loy.* 1928, 856 ; ou d'une sous-location vide même partiel (Seine, 5 nov. 1928, *Rev. loy.*, 1929, 19) ; Il a toutefois été jugé que ne constituait pas une sous-location interdite par le bail, le fait par le locataire d'avoir des pensionnaires (Seine, 18 juil. 1928, *Rev. loy.*, 1929, 19).

2. V. Traspot, *Commentaire*, D. P. 1926-4-281 ; Trib. civ. de la Seine, 8 mars 1928, D. H. 1928-376.

Le texte ajoute : « En cas de cession consentie par un locataire ne remplissant pas cette condition, le renouvellement sera considéré comme nul et non avenue, et le bail résilié ».

Il n'est pas douteux que le texte s'applique de la même façon en cas de sous-location consentie dans le même délai de trois ans¹.

7. Enfin la loi du 20 juillet 1924, article 1 et 3 a interdit les sous-locations en meublé lorsqu'elles ont pour origine les transformations de locaux d'habitation antérieurement loués nus.

2. Sur l'assimilation du sous-locataire au cessionnaire, *Rev. trimestr. de droit civil*, 1928, p. 163 et 439.

CHAPITRE II

RESTRICTIONS CONVENTIONNELLES A LA FACULTÉ DE SOUS-LOUER

La loi donne au bailleur, nous l'avons vu, la possibilité de restreindre et même d'anéantir le droit qu'a le preneur de sous-louer son bail. L'interdiction peut être expresse, mais le juge peut aussi la déduire des circonstances ou des termes du bail¹.

Le principe posé par l'article 1717 est formel, et il n'y a pas de difficulté en doctrine et en jurisprudence sur son application. Mais où les plus graves controverses se sont élevées, c'est sur la question de l'interprétation des clauses d'interdiction. La jurisprudence a eu à trancher des cas que le législateur avait omis de régler; d'autre part, cette même jurisprudence a varié d'opinion suivant les époques, au point de professer à des intervalles parfois très rapprochés, des principes d'interprétation diamétralement opposés.

De ces omissions et de ces variations, il est résulté, que les décisions des tribunaux offrent trop souvent l'aspect d'un écheveau quasi-inextricable.

C'est cet écheveau que nous allons tenter de débrouiller.

1. Req., 18 juillet 1865, D. P., 66-1-32, voir aussi *Rép. prat. Dalloz*, louage, n° 1028.

Pour y parvenir, il nous paraît tout d'abord indispensable d'adopter un mode de classement des clauses d'interdiction.

Nous proposons donc, guidé par le souci d'être avant tout clair et pratique, de diviser ces clauses en deux grandes catégories : Les clauses prohibitives d'une part, et les clauses simplement restrictives de l'autre.

Par clauses prohibitives il faut entendre celles qui contiennent une interdiction pure et simple, absolue, comme par exemple : « Il est interdit au preneur de sous-louer ou de céder son bail. »

Par clauses restrictives il faut entendre au contraire celles qui ne prononcent l'interdiction qu'avec une certaine réserve : « Le preneur ne pourra sous-louer ou céder son bail qu'avec le consentement exprès et par écrit du bailleur », ou bien « Le preneur aura la faculté de sous-louer ou de céder son bail, mais seulement à des personnes solvables et honorables acceptées par le propriétaire » ou autres clauses analogues¹.

Nous ferons dans ce chapitre une large part à la jurisprudence qui est en définitive au point de vue pratique le guide le plus précieux. Mais nous nous efforcerons, étant donnée son extrême diversité, de la trier et de la classer, de façon à en bien dégager les tendances les plus marquantes.

I. Clauses prohibitives.

Ce sont celles au moyen desquelles le bailleur interdit purement et simplement au preneur de disposer, au profit d'un tiers, de son droit au bail.

1. Trib. civ. Nice, 23 mars 1925. — Blanchi, (*Recueil des Alpes-Maritimes* 1925, p. 270).

L'interprétation de ces clauses serait facile, et ne ferait amais difficulté si les parties s'exprimaient toujours d'une façon précise et claire. Malheureusement, ce souci de netteté fait trop souvent défaut au moment de la rédaction du bail et parfois même une confusion s'établit dans l'esprit des rédacteurs entre la sous-location et la cession de bail.

Si le bailleur a pris la précaution de spécifier dans le bail que le preneur n'aurait le droit ni de sous-louer, ni de céder le bail, même partiellement, il n'y a pas de difficulté possible d'interprétation; de même s'il a prohibé une seule de ces deux opérations, ajoutant que l'autre resterait permise.

Mais s'il n'a pas été aussi précis, de très graves conséquences peuvent en résulter; et nous allons voir qu'en doctrine et en jurisprudence, bien des opinions divergentes ont été émises au sujet de l'interprétation de certaines clauses.

Les juges du fait, ont d'ailleurs toujours un pouvoir souverain d'interprétation de la volonté des parties¹. Ils doivent avant tout, rechercher, d'après les circonstances de la cause, quelle a été l'intention des parties, non seulement pour savoir s'il y a une prohibition implicite de sous-louer ou de céder, mais encore pour interpréter les clauses prohibitives².

Pour plus de simplicité et de clarté, nous ramènerons à deux sortes, les clauses prohibitives qui ont donné lieu à discussion dans la pratique :

§ 1. Interdiction de céder;

§ 2. Interdiction de sous-louer.

1. Req. 1^{er} juil. 1872, D. P. 75-5-275 ; 2 fév. 1888, D. P. 88-1-164 ; Guillouard, t. 1, n° 324 *in fine* ; Baudry-Lacantinerie et Wahl, t. 1, n° 1090.

2. Guillouard, *loc. cit.*, Aubry et Rau, t. 5, § 368-1° ; Beudant, n° 533-2°, p. 377.

Enfin dans un troisième paragraphe nous étudierons les sanctions du défaut d'autorisation.

§ 1. *Interdiction de céder.*

Le bailleur a simplement dit que le preneur ne pourrait céder son droit au bail.

Nous laisserons de côté la question de savoir si l'interdiction de céder pure et simple, comporte l'interdiction de céder partiellement. Cette question sort un peu du cadre de ce traité réservé à la sous-location. Qu'il nous suffise toutefois de dire que sur ce point l'opinion dominante en doctrine et en jurisprudence est que l'interdiction de céder pure et simple emporte bien défense de céder partiellement.

Mais la question qui est beaucoup plus discutée est celle de savoir quel va être l'effet d'une pareille clause au regard de la sous-location.

L'interdiction de céder entraîne-t-elle interdiction de sous-louer en totalité? Ou bien seulement en partie? N'est-il pas plus exact au contraire d'affirmer, en se prévalant de la prescription de l'article 1717 qui dit que les clauses d'interdiction sont toujours « de rigueur », que l'interdiction de céder laisse le champ libre à la sous-location? Ce sont là les principales faces du problème pour la solution duquel, bien des opinions ont été émises.

Voyons ce qu'en pensent la doctrine et la jurisprudence.

En doctrine les opinions sont partagées.

1. Une première partie des auteurs, partant de ce principe que la cession de bail et la sous-location sont des opérations juridiques distinctes, de nature différente, en déduisent que l'interdiction de l'une de ces deux opérations ne peut entraîner l'interdiction de l'autre (Rép. prat., v.

Louage, nos 960-962; P. Esmien, cession de bail et sous-location », *Rev. trim. dr. civ.*, 1924, p. 253-254).

Ces mêmes auteurs justifient encore leur opinion en invoquant le principe général de liberté formulé par l'article 1717 du Code civil qui vise l'interprétation restrictive des limitations apportées aux facultés de cession ou de sous-location (Huc, t. X, n° 285, p. 380; Planiol, dissertation, D. P. 92.2.521; Colin et Capitant, p. 535; Nouveau rép. prat. Dalloz, v. *Louage*, nos 1029-1040; Aubry et Rau (5^e éd., t. V, § 368, n° 1, p. 333; Planiol, 7^e éd., t. II, n° 1752; Dalloz, *Code civ. ann.*, art. 1717, nos 25, 130; Baudry-Lacantinerie, t. I, nos 1090 et suiv., Planiol et Ripert, *Traité prat. Dr. civil franç.*, t. X, n° 554, p. 683 et suiv.).

2. D'autres auteurs, se basant sur l'équivalence de l'interdiction de céder ou de sous-louer, en concluant que l'interdiction de l'une quelconque de ces deux opérations entraîne l'interdiction de l'autre (Rép. prat., v. *Louage*, n° 1039-1040; Aubry et Rau, *op. cit.*; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Du louage*, 3^e éd., t. I, n° 1092, p. 362; Troplong, *Louage*, § 337, p. 134; Marcadé, art. 1717, 20, p. 438; Planiol, *op. cit.*; Duvergier, 376; Laurent, t. XXV, p. 216; Guillouard, 1, 324.)

Cette opinion qui réunit la majorité des suffrages nous paraît préférable, car les deux principes, exacts en soi, qui fondent le système adverse, n'ont pas la portée qu'on leur prête. En effet, point n'est besoin, dit M. Voirin « de contester la valeur de l'opposition qu'on établit entre la nature juridique de la cession de bail et celle de la sous-location. » Il suffit de remarquer que les conséquences de cette dualité se font sentir, seulement dans les rapports entre occupants successifs. Quant à ceux qui unissent le

bailleur à l'occupant, les conditions particulières du traité par lequel le preneur originaire a cédé son droit de jouissance, ne les influencent pas; ils sont réglés de la même façon en toute hypothèse (Esmein, *op. et loc. cit.*, p. 263-264). Il apparaît ainsi que l'interprétation d'une dérogation à la liberté de cession ou de sous-location, pour stricte qu'elle doive être, est dominée moins par la nature juridique de l'opération nommément désignée dans sa formule que par l'intention qui l'a inspirée. Or, la sous-location aussi bien que la cession de bail produisent un effet identique : une mutation de la personne qui exerce le droit de jouissance. N'est-ce pas précisément ce résultat que le bailleur voulait écarter? On ne discerne pas l'intérêt qui le pousserait à s'insurger contre une cession de bail, par exemple, alors qu'il se désintéresserait d'une sous-location qui présente pour lui les mêmes inconvénients en détachant de la même façon la jouissance effective des lieux de la personne du preneur initial¹. »

3. Mais si la prohibition de céder entraîne la prohibition de sous-louer parce que cette dernière opération comme la première va à l'encontre de l'occupation personnelle voulue par le bailleur ou le législateur², il n'en faut pas nécessairement conclure qu'une sous-location partielle soit nécessairement prohibée.

En effet la sous-location partielle laisse subsister le locataire principal dans les lieux. Il n'y a donc pas suppression, mais seulement restriction de l'occupation personnelle, comme cela pourrait se passer d'ailleurs si le preneur rece-

1. Voirin, *Note sous trib. civ. Seine inf.*, 15 mai 1928, D. 1929-2-5.

2. L'art. 9 de la loi du 30 juin 1926 sur la propriété commerciale (aujourd'hui dénommée *Baux commerciaux*), interdit au locataire qui a bénéficié de ses dispositions, toute cession dans un délai de 3 ans.

vait chez lui des parents ou des amis¹ (Angers, 27 mars 1817, Sirey, *Chron.*; Paris, 6 mai 1835, Sirey, 35.2.305; Paris, 18 mars, 1892 précité; Aubry et Rau, *op. cit.*, p. 333).

Pour que la sous-location partielle tombât sous le coup de la défense de céder, il faudrait que la volonté d'imposer au preneur une occupation à la fois personnelle et exclusive se dégage nettement du contrat de bail (Trib., Rouen, 15 mai, 1928; D. 1929.2.5).

Jurisprudence. — Nous retrouvons en jurisprudence les mêmes théories qu'en doctrine.

1. Les clauses interdisant la faculté de céder le bail ou de sous-louer doivent être interprétées restrictivement, car elles dérogent aux effets naturels du contrat de louage.

L'interdiction de céder le bail n'emporte donc pas celle de sous-louer qui n'a pas été visée par la Convention (Amiens, 24 mai 1817 et Angers, 27 mars 1847, R. 480, note 3; Bruxelles, 13 août 1866, D. P. 66.2.382; Paris, 18 mars 1892, motifs, D. P. 92.2.521 et note Planiol). Voici d'ailleurs les « considérants » de l'arrêt de la Cour : « Considérant qu'aux termes de l'article 1717 du Code civil le preneur a droit de sous-louer et même de céder son bail à un autre si cette faculté ne lui a pas été interdite, cette clause étant toujours de rigueur; qu'il est de principe que le locataire a le droit de jouir de la chose louée sans aucune restriction autre que celle qui serait formulée dans le contrat, ou précisée par la loi;

« Que toute prohibition restrictive du droit doit être nettement formulée; qu'elle est de droit étroit;

1. Cette hypothèse est d'ailleurs incidemment prévue par la loi, art. 1735 C. civ. (D. P. 1928.1.99, note de M. Dallant). La clause prohibitive de céder le bail ou de sous-louer n'écarter pas le droit pour le preneur de recevoir chez lui parents et amis (V. note Voirin précitée).

« Considérant qu'en fait de C... a stipulé que B... ne pourrait pas céder son bail; qu'en l'absence d'autre prohibition ledit B... a le droit de sous-louer... »

Il existe également des décisions plus récentes (Montpellier, 19 nov. 1921, *Gaz. Pal.*, 1922.1.117; Montpellier, 21 janvier 1925, *Mon. jud. Midi*, 1925, p. 51; Montpellier, 9 juillet 1925, *idem*, 1925, p. 266; Trib. Narbonne, 24 déc. 1925, D. H., 1926, 143; Trib. civ., Lille, 14 nov. 1928; *Gaz. Pal.*, 1929.2.419, D. H., 1929.62; Trib. civ., Seine, 28 avril 1926; *Gaz. trib.*, 5 mars, 1927).

On a fait observer, il est vrai¹ que la formule de l'article 1717 a historiquement une autre signification et s'explique par la volonté du législateur de 1804 d'enlever aux tribunaux le pouvoir d'appréciation qu'ils se reconnaissaient dans notre ancien droit sur les motifs qui avaient dicté au bailleur l'interdiction².

2. D'autres arrêts admettent au contraire que l'interdiction de céder emporte celle de sous-louer, aussi bien en totalité qu'en partie (Paris, 24 août 1824, 24 fév. 1825, 6 mai 1835 et Amiens 22 déc. 1825, jur. génér., v. *Louage*, n° 479 et Sirey, *Chron.*; Paris, 28 mars 1829, R. 479, p. 408 note 2; Trib. civ., Lille, 12 déc. 1895, *Nord judiciaire*, 1896, 24; Trib. civ. de La Flèche, 11 juin 1896, la loi, 25 août, 1896; civ., 19 nov. 1924, D. P. 1926.1.138; Trib. civ., Boulogne-sur-Mer, 27 oct. 1916, *Gaz. trib.*, 23 déc. 1917; Rennes, 19 juil. 1927, D. H. 1927.549. Note Esmein sous Cass., 31 oct. 1922, S. 1924.1.58; Dreyfus, conclusions, *Gaz. Pal.*, 1921.1.404; Paris, 11 déc. 1930, D. H. 1931.106).

3. Mais il est plus généralement admis que cette clause n'empêche de sous-louer qu'en totalité et laisse permises

1. *Traité pratique de droit civil*, Planiol et Ripert, tome X, n° 554, p. 683 et suiv.

2. Pothier, *Louage*, n° 283.

les sous-locations partielles (Amiens, 22 déc. 1825, R. 479, p. 407 et note 2; Paris, 6 mai 1835, R. 479, p. 408 et note 1, etc...).

4. En tout cas le juge conserve incontestablement le droit de rechercher l'intention des parties au moment de la passation du contrat. Il possède ce pouvoir souverain quand bien même il croirait devoir interpréter restrictivement la clause du contrat qui prohibe la cession de bail. — Les termes de l'article 1717 ne contredisent en rien à ce point de vue la disposition des articles 1134 et 1156 du Code civil (*Traité de Droit civil*, Planiol et Ripert, *op. cit.*, t. X, n° 554; Guillouard, *op. cit.*, n°s 1090 et 1092; A. Colin et Capitant, II, p. 542; Paris, 29 janvier 1921, Nancy, 12 janvier 1923, D. 1923.2.169, note Josserand; civ., 18 fév. 1924; D. 1924.1.17; 19 nov. 1924, D. 1926.1.138; Req., 31 oct. 1922, S. 1924.1.57 et note P. Esmein).

5. *Position de la cour de Cassation.*

La cour de Cassation reconnaît au juge du fond, un pouvoir souverain pour interpréter semblable clause. Elle a coutume de rejeter les pouvoirs aussi bien quand l'interprétation est favorable aux prétentions du propriétaire (Cass. req., 1^{er} juill. 1872, S. 1872.1.264; P. 1872.669; 7 fév. 1888, S. 1888.1.104; P. 1888.1.253; *Pand. pér.*, 1888.1.84; 2 fév. 1910, S. et P. 1912.1.302; *Pand. pér.*, 1912.1.302) que quand elle donne gain de cause au locataire (Cass. req., 19 juin 1839, S. 1839.1.462; P. 1839.2.36).

La cour de Cassation se réserve d'ailleurs, comme elle en a l'habitude en toutes matières, de casser les décisions qui, sous prétexte d'interprétation, auraient dénaturé le sens de la clause; il en résulte comme l'a très justement fait remarquer M. P. Esmein¹ : « Que la cour de Cassation même

1. P. Esmein, note sous Cass. Req., 31 oct. 1922, S. 1924.1.57.

en rejetant les pourvois pour raison d'interprétation souveraine, se trouve prendre à son compte certaines solutions. »

Cette constatation n'est pas sans importance, car nous savons qu'en matière de clauses d'interdiction à la faculté de sous-louer ou de céder le bail, les juges, sous prétexte d'interprétation, et en dehors de toute intention des parties, ont très souvent jugé en équité. En rejetant les pourvois, la cour de Cassation a donc implicitement approuvé les solutions des juges du fond.

Conclusion. — Pour résumer le système de la jurisprudence, et s'il faut formuler un principe d'après la majorité des décisions, nous dirons :

1^o La prohibition de céder entraîne celle de sous-louer en totalité, car selon les arrêts, sous-louer en totalité, ou céder, sont deux expressions synonymes;

2^o Mais elle n'entraîne pas la prohibition de sous-louer partiellement;

3^o Le juge conserve en tout état de cause un pouvoir souverain d'interprétation.

§ 2. *Interdiction de sous-louer.*

Une telle clause intervenant dans un bail, doit être étudiée quant à ses effets à un double point de vue.

1^o Au regard de la cession de bail.

L'interdiction de sous-louer emporte-t-elle interdiction de céder? Nous retrouvons au sujet de cette question les mêmes théories, en doctrine et en jurisprudence que celles exposées dans le paragraphe précédent.

Pour donner notre opinion sur l'effet d'une pareille clause nous dirons avec la majorité de la jurisprudence que l'interdiction de sous-louer emporte celle de céder le bail

(Paris, 29 avril 1927, *Gaz. trib.*, 21 juill.; Rennes, 19 juill., 1927, *Gaz. Pal.*, 27.2.613; Rec. Rennes, 1927.277; Trib. civ., Seine, 21 juill. 1925, *Gaz. trib.*, 20 mars 1926); l'une et l'autre ayant d'ailleurs pour effet de substituer un tiers à la personne du preneur, dans la jouissance de la chose (Caen, 29 octobre 1924, Rec. Caen, 1924.209; Planiol, t. II, n° 1752; Aubry et Rau, t. V, n° 368.)

Nous pouvons affirmer en outre que l'interdiction de sous-louer entraîne également l'interdiction de céder partiellement. Il faut même considérer que les effets juridiques d'une cession de bail partielle, présente pour le bailleur encore plus de gravité qu'une simple sous-location.

2° Au regard des sous-locations partielles.

Nous devons nous demander maintenant si l'interdiction de sous-louer pure et simple entraîne l'interdiction de sous-louer partiellement. La doctrine et la jurisprudence ont sur ce point encore des théories diverses.

A. Certains auteurs se sont prononcés pour la négative (Duvergier, t. I, n°s 374 et 378; Laurent, t. XXV, n° 217...). En faveur de cette thèse, on fait valoir que l'article 1717 prévoyant l'interdiction des cessions ou des sous-locations totales ou partielles, il appartient au bailleur, s'il veut interdire ces dernières, de l'indiquer (Bruxelles, 17 juill. 1821, R. 472, p. 405; Duvergier, t. I, n°s 374 et 378; Laurent, t. XXV, n° 217; Dissertation de M. Planiol, *op. cit.*, D. P. 92.2.521; Amiens, 22 juin 1822, S. et P. *Chr.*; Paris, 28 mars 1829, S. et P. *Chr.*; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *op. cit.*, t. I, n°s 1091 et 1092).

Cette théorie pourrait être admise dans la doctrine qui distingue la sous-location de la cession de bail simplement en faisant de cette dernière une sous-location portant sur la totalité des lieux loués¹.

1. Planiol et Ripert, *Traité pratique de dr. civ.*, *op. cit.*, t. X, n° 554.

En outre, plusieurs décisions de jurisprudence concluent au bien fondé de cette théorie négative, en se basant sur le principe de l'interprétation restrictive des clauses d'interdiction du bail (Req., 1^{er} juill., 1872, S. 1872.1.261; A. Colin et Capitant, 7^e édit., n° 669).

B. Mais l'affirmative est plus généralement admise (Duranton, t. XVII, n°s 92; Troplong, t. I, n° 135; Marcadé, t. VI, sous l'art. 1717, n° 2; Aubry et Rau, t. V, § 368-1^o, p. 334, texte et note 6; Guillouard, t. I, n° 323; Baudry-Lacantinerie et Wahl, t. I, n° 1091; Amiens, 22 juin 1822, R. 472, p. 405, note 1; Bruxelles, 23 mars 1836, R. 472, p. 405, note 2).

Cette théorie est d'ailleurs conforme à la doctrine moderne qui distingue nettement la sous-location de la cession de bail quant à leur nature. Il est évident dès lors que la défense de sous-louer, même conçue en termes généraux entraîne la défense de sous-louer partiellement.

En interdisant la sous-location, il n'y a pas de doute que le bailleur ait eu l'intention de louer *intuitu personae*¹. Si donc la sous-location partielle restait permise, le preneur pourrait par ce procédé tourner la difficulté et arriver en fin de compte à éluder complètement l'interdiction du bailleur qui a précisément voulu éviter de se trouver un jour en présence d'une tierce personne qu'il n'aurait pas choisi².

La doctrine et la jurisprudence admettent que la prohibition de sous-louer, entraîne celle de sous-louer en garni (Grenoble, 18 août 1807, R. 473.20; Douai, 7 avril 1842,

1. Req. 24 déc. 1928, D. H. 1929, 67.

2. Amiens, 22 juin 1822, S. 1824.2.44; Guillouard, I, n° 323; Baudry-Lacantinerie et Wahl, I, n° 1091; Aubry et Rau, V, § 368, texte et note 6.

R. 278, p. 347, note 3) et même d'avoir des pensionnaires (Lyon, 5 juin 1924, D. H. 1924.520)¹.

Il n'y a pas de doute, en effet, que les pactes de nourriture ou de location de meubles soient accessoires, et ne changent pas la nature du droit principal qui est une sous-location, par conséquent formellement interdite par le bail. Il ne pourrait y avoir d'exception que s'il s'agissait d'un immeuble loué à usage d'hôtel. Dans ce cas, ne demeurent interdites au preneur que les sous-locations ne rentrant pas dans l'exercice de sa profession d'hôtelier².

Conclusions. — Interprétant la jurisprudence qui tend à admettre ces solutions, nous dirons pour nous résumer, que l'interdiction de sous-louer entraîne la défense de sous-louer partiellement.

Mais, bien entendu, le juge du fait conserve toujours le droit et le pouvoir d'interpréter souverainement l'intention des parties, comme aussi de tenir compte de la nature du bail, et de toutes les circonstances particulières. C'est ce qui explique la variété des décisions des tribunaux, qui malgré l'opinion dominante que nous venons d'énoncer, se prononcent néanmoins suivant les cas, tantôt pour l'affirmative et tantôt pour la négative. Voici d'ailleurs quelques cas d'espèces :

La cour de Paris a considéré que la clause interdisant la sous-location n'était pas violée parce que le preneur avait sous-loué, dans une aile du bâtiment principal qu'il n'occupait pas et qui était distincte de ce bâtiment, de petites pièces à des employés de chemin de fer qui ne trouvaient pas de logement (Paris, 21 fév. 1924, *Gaz. trib.*, 26 fév. 1924.)

1. Guillouard et Baudry-Lacantinerie, *op cit.*

2. Baudry-Lacantinerie et Wahl, *op. cit.*, n° 1092.

Il a été jugé encore que le locataire à qui une clause du bail interdit la sous-location et qui loge chez lui des pensionnaires payants, n'y contrevient pas si ces pensionnaires n'ont pas la clef de leur chambre, et sont soumis « à la discipline du foyer domestique » (Trib. civ., Seine, 17 janv. 1927; *Gaz. trib.*, 28 mai 1927).

D'autres cours se sont montrées moins libérales. La sous-location de chambres dans lesquelles le locataire met des meubles, et qui fait ainsi un commerce de chambres meublées pour lequel il paie patente, n'en est pas moins une sous-location, et le locataire doit rapporter la preuve de l'autorisation du bailleur (Rennes, 11 juin 1923; *Gaz. Pal.* 1923.2.464). Mais la mise à la disposition d'un tiers d'une seule chambre, pendant que le fils était à l'armée, pour le temps de cette absence, et alors que le preneur continue à habiter le reste de l'appartement loué, ne constitue pas une sous-location.

Il n'y a pas de doute enfin que le preneur ait le droit de laisser à sa place des domestiques ou des personnes de confiance (D. 1826.1.366) pour garder sa maison. Il est impossible en effet d'assimiler cette situation à une sous-location, et on ne peut pas demander au locataire de ne jamais s'absenter¹.

Le propriétaire peut évidemment toujours prouver qu'il y a sous-location déguisée².

§ 3. Sanction du défaut d'autorisation.

Rien ne peut permettre au preneur de se soustraire à la clause lui interdisant de sous-louer son bail. En consé-

1. Trib. civ. Bruxelles, 13 mars 1879, *Pasier*. 1880.3.60 ; Trib. civ. Courtrai, 21 juin 1879, *idib.* 1880.3.335.

2. Laurent, t. 25, n° 221 ; Aubry et Rau, *op. cit.*, page 335, texte et note 11 ; Guillouard, t. 1, 328 ; Baudry-Lacantinerie et Wahl, t. I, n° 1097 ; Rep. prat. Dalloz, Louage, n° 1033.

quence, en cas d'infraction, la sanction la plus grave lui sera appliquée. Ce sera souvent la résiliation pure et simple du bail¹, accompagnée de l'expulsion du preneur et de tous autres occupants, lesquels ne peuvent être au regard du bailleur que des occupants « sans droit ni titre² » (C. civ. art. 1184, 1741, 1764, 1766). Il en est ainsi quand bien même le bail formulerait une défense seulement à peine de dommages intérêts³.

Mais une sanction aussi rigoureuse n'est pas toujours encourrue, et nous verrons que, selon la teneur du bail, le juge peut avoir un certain pouvoir d'appréciation.

Comment, dans la pratique, le bailleur va-t-il faire valoir ses droits?

1° Le contrat contient une clause particulière, dénommée couramment « clause résolutoire ».

Cette clause de plus en plus fréquente est en général ainsi formulée : « En cas de non-paiement du loyer, comme aussi en cas de non-exécution de l'une quelconque des prescriptions du bail, celui-ci sera résilié de plein droit si bon semble au bailleur, huit jours (ou quinze jours ou même parfois un mois) après un commandement resté infructueux. L'expulsion sera ordonnée par simple ordonnance de référé. »

Dans ce cas la procédure est fort simple. Il suffit pour le bailleur de faire jouer la clause résolutoire en notifiant un commandement au locataire le mettant en demeure de respecter le contrat de bail et si des tiers sont déjà dans les

1. Civ. 12 mai 1817, R. 472, p. 404, note 2 ; Douai, 6 juin 1855, D. P. 56.2.37 ; Req. 2 fév. 1910, D. P., 1910.1.141 ; Paris, 22 nov. 1911, la loi, 2 fév 1912 ; Lyon, 19 nov. 1913, *Mon. jud. Lyon*, 15 janv. 1914.

2. Baudry-Lacantinerie et Wahl, *loc. cit.*, Guillouard, t. I, n° 332.

3. Rennes, 22 fév. 1830, R. 457, note 2 ; Laurent, t. 25, n° 226.

lieux, d'avoir à en débarrasser au plus tôt le propriétaire¹. Si le commandement demeure sans effet, il suffira au bailleur de se pourvoir en référé pour obtenir l'expulsion du preneur ou de tous autres occupants « sans droit ni titre ».

Le juge des référés ne peut se déclarer incompétent².

1. Le commandement prévu par la clause résolutoire, doit-il rappeler au locataire la sanction de la résiliation ?

Certains arrêts de la cour de Paris ont paru exiger, soit un commandement exprimant la volonté du bailleur d'invoquer le pacte commissoire (Paris, 25 nov. 1921, *Gaz. trib.*, 31 janv. 1922), soit même un commandement contenant copie de la clause de résolution inscrite au bail (Paris, 11 janv. 1924, *Gaz. trib.*, 3 mai 1924). Ces arrêts semblent isolés. Non seulement la Cour de cassation n'a jamais, en l'absence de conventions formelles, exigé pareilles formalités (V. civ. 10 mars 1919, D. P. 1923.1.205 ; Req., 26 fév. 1923, D. P. 1924.1.76 ; 3 janv. 1927, D. H. 1927, 33), mais la 2^e chambre de la cour de Paris elle-même, par d'autres arrêts a appliqué purement et simplement la condition résolutoire expresse (V. Paris, 22 fév. 1933, *Gaz. Trib.* 24 avril 1923 ; 6 fév. 1925, D. P. 1926.2.1 et la note 1). Cette jurisprudence est justifiée par plusieurs textes : d'abord par l'art. 1134 C. civ. aux termes duquel les conventions légalement formées font la loi des parties (V. civ. 10 mars 1919 précité), ensuite par l'art. 1656 C. civ. sur la condition résolutoire expresse dans les ventes d'immeubles, d'après lequel, après mise en demeure, la résolution est encourue, sans que le juge puisse accorder de délai, disposition appliquée par analogie aux conditions résolutoires expresses dans ces baux ; enfin par l'art. 1183, C. civ. aux termes duquel « la condition résolutoire est celle qui, lorsqu'elle s'accomplit, opère la révocation de l'obligation ». La clause litigieuse subordonne la résolution du bail à « l'accomplissement » de trois événements : non paiement des loyers ou inexécution d'une prescription du bail, commandement par le bailleur, laps d'un certain temps prévu, après le commandement. Quand ces trois événements sont accomplis, la résolution est encourue automatiquement (V. Planiol, *Trait. élémentaire dr. civ.* 10^e édit., par Ripert, t. 2, n^{os} 1324 et 1562 ; A. Colin et Capitant, *Cours dr. civ.*, 4^e édit., I. 2, p. 348 et 349 ; *Rep. prat. D.*, louage, n^o 1215 et suiv.).

2. La compétence du juge des référés est cependant quelquefois contestée pour le motif, soit qu'elle ferait préjudice au principal, soit qu'elle interpréterait la clause de résiliation. La jurisprudence ne s'arrête plus à ces objections (V. dissertation de M. Tissier sous Paris, 1^{er} août 1890, 21 janv. et 18 juin 1891, Rec. Sirey, 1892.2.251). L'ordonnance de référé prononçant l'expulsion du locataire réserve le principal ; elle n'interprète pas la clause ; elle se borne, la clause étant claire, à l'appliquer (V. Paris, 29 juil. 1896, D. P. 97.2.31). Mais comment justifier en pareille hypothèse la compétence du juge des référés ? Est-ce par l'urgence ou simplement par l'attribution de compétence convenue dans la clause ? Les auteurs la justifient toujours par l'urgence (Garsonnet et Cézard-Bru, *Traité théor. et prat. de proc.*

Il n'a aucun pouvoir d'appréciation et son rôle se borne à constater l'existence des conditions entraînant la résolution d'après la loi du contrat¹.

Si le locataire se trouve être en cours de prorogation, ce qui peut être le cas d'un locataire bourgeois ou professionnel (loi du 1^{er} avril 1926, modifiée par celle du 29 juin 1929), comme par hypothèse il n'y a plus de bail, le bailleur ne pourra pas se prévaloir de la clause résolutoire qui pouvait figurer dans le bail ayant donné droit à la prorogation. Dans ce cas le seul procédé est de déposer une réquisition à la Chambre du Conseil, section des loyers, pour faire déchoir le locataire de son droit à la prorogation. Une fois cette déchéance prononcée, si le locataire se maintient dans les lieux, le bailleur pourra requérir son expulsion par ordonnance de référé.

2^o Le contrat de bail, ne contient pas de clause résolutoire.

Dans ce cas le juge des référés est totalement incompétent. Le bailleur devra intenter une instance judiciaire.

Certains auteurs et certains tribunaux admettent que, quand il en est ainsi, les juges ont un certain pouvoir d'appréciation.

Idem, 3^e édit., t. 8, n^o 186 *quinquies*, p. 382, note 12). Mais dans une espèce, la Cour de cassation a déclaré qu'elle n'était pas indispensable, en jugeant que la compétence du juge des référés, prévue par la clause litigieuse est admissible indépendamment de toute urgence (V. Req. 26 fév. 1923, D. P. 1924.1.76, note 1 et 2). Cette solution ne peut faire difficulté quand le bail est authentique, l'art. 806 c. pr. civ. attribuant compétence au juge des référés, non seulement en cas d'urgence, mais encore en cas de difficultés sur l'exécution d'un titre exécutoire (V. *Nouv. Code de proc. civ. annoté*, art. 806, n^o 253 et 254. *Rép. prat.*, v. Référé, n^{os} 21 et suiv.). Elle est cependant admise d'une manière constante quelle que soit la forme du bail (V. *Code précité*, art. 809, n^{os} 249 et suiv.).

1. Baudry-Lacantinerie, *op. cit.* ; Guillouard, *op. cit.* ; Laurent, t. 25, n^o 230 ; Aubry et Rau, t. 4, § 302, p. 130-131, texte et note 84 et 84 *bis*, et t. 5, § 368-1^o, p. 336, texte et note, 17.

C'est ainsi qu'ils peuvent ne pas prononcer la résiliation et n'allouer, le cas échéant, que des dommages-intérêts, notamment : ...si la sous-location ou la cession de bail n'a causé aucun préjudice au bailleur (Douai, 19 avril 1898, Rec. Douai, 1898, p. 269)¹. Mais ils doivent alors ordonner la cessation;... ou si elle a cessé au moment de l'introduction de la demande (Req. 13 déc. 1820 et Lyon, 6 juin 1821 R. 458); ou si le preneur offre de la faire cesser (Lyon, 16 déc. 1925, R. 465, p. 403, note 1)².

Mais ces décisions sont exceptionnelles et contredites par l'opinion d'une jurisprudence aujourd'hui quasi-constante, qui estime qu'en matière de clause prohibitive, il ne saurait y avoir de place pour ce qu'il est convenu aujourd'hui d'appeler : « L'abus de droit ». Nous allons en dire maintenant quelques mots.

L'abus de droit. — Une doctrine et une jurisprudence nouvelle qui se sont principalement développées depuis la dernière guerre, ont désigné par cette expression aujourd'hui consacrée, le droit pour les tribunaux de contrôler les motifs de refus du bailleur, et s'il y a lieu de passer outre à ce refus.

Nous verrons, dans le chapitre suivant, réservé aux clauses simplement restrictives à la faculté de sous-louer, que la théorie de l'abus de droit a reçu des applications extrêmement fréquentes. On conçoit d'ailleurs fort bien qu'au sujet de ces clauses le juge se soit arrogé souvent le droit d'exercer un certain contrôle sur les agissements du bailleur; car, par ces clauses, le bailleur ne s'oppose pas expressément à ce que le preneur sous-loue son droit au

1. Baudry-Lacantinerie et Wahl, *loc. cit.*

2. V. *Rep. prat. Dalloz*, Louage, n° 1057 et suiv.

bail, mais subordonne seulement la sous-location à son consentement.

En est-il de même lorsqu'il s'agit de clauses prohibitives du genre de celles que nous venons d'étudier?

Dans notre ancien droit on admettait que, malgré cette clause, lorsque, par suite d'une force majeure, le preneur se trouvait dans l'impossibilité de continuer à occuper les lieux loués, les juges pouvaient contraindre le bailleur à accepter la substitution d'un nouveau preneur, si cette substitution n'était susceptible de lui causer aucun préjudice.

Il n'en est plus de même aujourd'hui, et nous pensons que c'est justement pour rompre avec cette tradition historique que l'article 1717 a indiqué que cette clause « est de rigueur¹. »

Quant à la jurisprudence, elle applique strictement les termes formels de l'article 1717; la clause d'interdiction pure et simple constitue, pour elle, une barrière infranchissable à l'exercice d'un droit quelconque de contrôle ou d'appréciation des motifs de refus (Paris, 29 janv. 1921 *Gaz. Pal.* 1921.1.406, D. P. 1923.2.171; Lyon, 5 juin 1924 *Gaz. Pal.* 24.2.171; Montpellier, 17 juin 1925, *Gaz. Pal.* 1925.2.241; Lyon, 11 fév. 1926, S. 1926.2.13; Paris, 16 mai 1927, *Gaz. Pal.* 27.2.140)².

On ne trouve, en sens contraire, qu'un jugement du tri-

1. Planiol, t. 2, p. 571, note 1, et dissertation D. P. 92.2.521; Laurent, t. 25, n° 220; Aubry et Rau, § 368-1°, p. 335, texte et notes 9 et 10; Baudry-Lacantinerie et Wahl, t. 1, n° 1082 à 1084.

2. C'est ce qu'a affirmé M. l'avocat général Dreyfus, dans ses importantes conclusions dans l'affaire des Parquetiers réunis (*Gaz. Pal.* 1921.1.406), ainsi que M. Josserand dans la note déjà citée. Et de nombreux arrêts et jugements qui ne se discutent plus (V. notamment : Paris, 16 mai 1927, *Sem. jur.*, 1927, 695; *Trib. civ.*, Nice, 23 mars 1925, *Gaz. trib.*, 10 nov. 1925).

bunal de Lyon du 18 juin 1924 (*Gaz. Pal.* 1924.2.414; cf. en matière de bail à ferme : Dijon, 15 juin 1925 ; *Gaz. Pal.* 1925,2.591).

Certains auteurs¹ ont pensé néanmoins que la solution de la jurisprudence était critiquable, et que du moment que les causes qui exigent le consentement du bailleur étaient susceptibles d'être corrigées par la théorie de l'abus de droit, on ne comprend pas pourquoi il n'en serait pas de même des clauses interdisant purement et simplement de sous-louer ou de céder le bail. Ces auteurs estiment, d'ailleurs, que, dans un avenir plus ou moins prochain, un revirement se produira, et que les tribunaux s'arrogeront le droit de contrôler en toutes circonstances le refus du bailleur. Ils font remarquer à cet effet que les espèces que les tribunaux ont eu à juger jusqu'à ce jour sont presque toutes relatives aux clauses dites restrictives, et qu'il arrivera un moment où les bailleurs, pour ne pas risquer de voir les tribunaux passer outre à leur refus, prendront l'habitude d'insérer dans le bail, la clause d'interdiction pure et simple. Les tribunaux se résoudront-ils alors à s'abstenir du contrôle dont ils ont pris l'habitude?

Quoi qu'il en soit, nous ne pensons pas, qu'en présence d'une clause d'interdiction pure et simple, il y ait place jamais pour un abus de droit.

Une clause de ce genre, dit M. E. Dreyfus est « une interdiction de principe, absolue,... qui ne réserve même pas la faculté pour le propriétaire d'accepter ou de ne pas accepter² ». Et M. Josserand³ : « La clause prohibitive, par cela même qu'elle enlève au preneur toute espérance

1. P. Esmein, « Les clauses des baux à loyer, » *Sem. jur.*, 1927, p. 1.105 et suiv. — R. Savatier, D. H. 1928, chron.

2. *Gaz. pal.* 1921.1.406.

3. *Op cit.*, note Dalloz, 1923.2.169.

de substitution, fait disparaître chez le bailleur jusqu'au droit de s'opposer ou de consentir contractuellement à la dite substitution. Certes, il lui est toujours loisible d'autoriser une sous-location ou une cession, mais en donnant une telle permission, il n'exerce pas un droit découlant pour lui du contrat de bail; bien au contraire il écarte l'application de ce contrat d'accord avec le preneur auquel il consent une sorte de remise de dette en le libérant d'une obligation de ne pas faire; tandis que, s'il veut empêcher la substitution, il lui suffit, sans avoir à prendre parti, de s'abriter derrière le contrat, d'opposer la force d'inertie en restant sur les positions qu'il s'est assurées en contractant, et d'où il ne saurait être délogé de vive force... Si l'interdiction est absolue, elle enlève tout droit défini au bailleur comme au preneur. Evidemment le premier peut s'opposer à toute velléité de sous-location ou cession de la part du second, mais sans avoir à exercer à cette occasion aucun droit nommé, et en se retranchant simplement derrière le grand principe de l'article 1134 aux termes duquel « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ». Ici la théorie de l'abus des droits est hors de cause; elle ne trouve pas de droit auquel s'accrocher, elle n'a pas de prise, et c'est pourquoi la stipulation du bailleur est absolument dominante. »

II. **Clauses restrictives.**

Les clauses d'interdiction prohibitive à la faculté de sous-louer ou de céder le bail, que nous venons d'étudier ne constituent dans la pratique, il faut le reconnaître, que l'exception.

Beaucoup plus répandues sont les clauses simplement restrictives. On désigne sous ce nom, les clauses qui, sans interdire absolument au preneur de sous-louer son droit au bail, subordonnent cependant la sous-location à certaines conditions. Elles revêtent des formes différentes.

Classement des clauses restrictives. — Nous laisserons de côté les clauses qui concèdent au preneur le droit de sous-louer ou céder son bail, mais à des conditions qui sont indépendantes de la volonté du bailleur, telle que par exemple la clause qui stipule que le preneur ne pourra sous-louer ou céder son bail qu'à son successeur dans son commerce ou sa profession¹.

De telles clauses ne soulèvent en pratique que de très rares difficultés et il est reconnu, d'une façon presque constante en jurisprudence et en doctrine, que les tribunaux ont à leur sujet un pouvoir strict d'appréciation; les obligations du preneur et du bailleur sont d'ailleurs suffisamment précises pour qu'il n'y ait place pour une difficulté quelconque d'interprétation : Le preneur ne peut jamais présenter au bailleur un sous-locataire ou un cessionnaire sortant des conditions fixées, et le bailleur n'a pas davantage le droit de refuser un cessionnaire ou un sous-locataire remplissant ces conditions. Certains auteurs estiment cependant² qu'une pareille clause n'empêche pas absolument une sous-location ou une cession à un autre que le successeur. Le refus d'agréer un autre cessionnaire peut être, dans certains cas, abusif. Mais il incombera au

1. Trib. civ. de la Seine, 15 nov. 1923, *Gaz. Pal.*, 1924.1.154 ; et les conseils pratiques donnés au « Répertoire du notariat », du 15 fév. 1928. art. 2, 1593. V. également, Trib. civ. Lille, 28 juillet 1924, *Gaz. trib.* 18 mai 1923.

2. Esmein : « Les clauses des baux à loyers », *Sem. jur.* 1927, p. 1108.

locataire de prouver qu'il est dans l'impossibilité de se substituer un successeur et que cette impossibilité ne lui est pas imputable.

Ces clauses étant mises à part, nous nous trouvons en présence d'autres clauses extrêmement fréquentes qui revêtent dans la pratique des formes diverses. On peut les ramener à deux types principaux : les clauses de consentement et les clauses d'agrément.

1^o Clauses de consentement. — Elles stipulent que le preneur ne pourra céder ou sous-louer le bail sans le consentement du bailleur. Très souvent, d'ailleurs, ce dernier aura entendu préciser qu'il ne se contenterait pas d'un consentement quelconque, mais qu'il exigerait une autorisation écrite. Par ce souci de précaution, le bailleur veut éviter que l'on induise jamais son consentement, d'une simple attitude de sa part ou de vagues conversations.

En outre, très souvent, le bailleur exigera que son autorisation soit expresse¹, et quelquefois pour plus de sûreté qu'elle soit préalable à toute sous-location².

2^o Clauses d'agrément. — Elles stipulent que le preneur ne pourra sous-louer sans l'agrément du bailleur. Cette formule apparaît peut-être comme moins sévère que la précédente³; dans cette rédaction, le principe est le droit de sous-louer, la nécessité de l'autorisation du bailleur n'intervenant que sous forme de réserve⁴.

Ces différentes sortes de clauses restrictives ont sensiblement la même importance et l'on ne distingue plus guère

1. V. cependant Nancy, 12 janv. 1923 et Paris 4 juil. 1924, D. H. 1924.657.

2. V. Trib. civ. Marseille, 25 janv. 1925.

3. Savatier, *op. cit.*

4. Trib. civ. du Havre, 1^{er} juil. 1922 et Nancy, 13 juil. 1923, D. H. 1923.2.169 ; Trib. civ. Lille 28 juil. 1924, D. H. 1924.614 ; Civ. 19 nov. 1924, D. P. 1926.1.139 ; Paris, 18 déc. 1926, D. H. 1927.142.

entre elles quant à leurs effets. Nous verrons cependant en traitant des pouvoirs du bailleur que la jurisprudence s'est montrée longtemps, et aujourd'hui encore, extrêmement indécise et vacillante à ce sujet.

On peut classer en deux parties les effets que produisent les clauses en question, selon qu'on se place du côté du preneur ou du côté du bailleur.

En conséquence, nous allons étudier tour à tour les obligations de chacun d'eux en attirant dès maintenant l'attention du lecteur sur le second paragraphe en raison de son importance toute spéciale, due à l'évolution nouvelle de la jurisprudence qui a donné lieu à un très grand nombre, de discussions.

§ 1. *Obligations du preneur.*

En présence d'une clause qui subordonne son droit de sous-louer ou de céder son bail au consentement ou à l'agrément du bailleur, la première obligation du preneur est de toute évidence, de solliciter ce consentement ou cet agrément. S'il ne le fait pas il encourt une sanction.

I. Obligation de solliciter le consentement ou l'agrément du bailleur. — Cette opération est formelle et doit être remplie par le preneur avant de procéder à la sous-location ou à la cession¹. Il a été jugé, qu'elle est pareillement exigée même lorsque les juges estiment que la clause n'a pas le caractère d'une prohibition absolue (Cass. civ., 8 déc. 1930, *Gaz. Pal.*, 1931.1.86; Paris, 3 mars 1931, *Gaz. Pal.*, 1931.1.748). Quand bien même les qualités du nouveau locataire

1. Req. 16 nov. 1927, D. 1928.1.61 et rapport de M. le conseiller Bricout; Paul Lapeyre, « De l'effet des clauses d'interdiction », *Rep. gén. prat de jurispr., Commaille*, 1932, p. 280.

et les garanties qu'il offre seraient de nature à donner au bailleur une tranquillité complète pour l'avenir, le preneur ne saurait se dispenser de cette formalité préliminaire. Il est indispensable, en effet, que le preneur ait fait lui-même auprès du bailleur toutes les démarches nécessaires pour obtenir son consentement ou son agrément. Il doit pouvoir en justifier (Trib. civ., Seine, 27 avril 1926, *Rev. Lyon* 1926, p. 404). « Une pareille justification est indispensable pour que la discussion sur la légitimité puisse s'instituer » (Trib. civ., Lyon, 17 juin 1925, *Gaz. Pal.*, 1925.2.456). Cette décision précise notamment que si le preneur justifie seulement avoir écrit au bailleur « que le fond était vendu à une personne non dénommée », la condition qui lui était imposée par la clause du bail, ne se trouve pas remplie (Lyon, *op. cit.*).

En outre, si le bail prévoyait que le bailleur devait donner son consentement par écrit, le preneur doit prouver qu'il a bien obtenu l'autorisation sollicitée, par la production d'une pièce originale et manuscrite émanant du bailleur lui-même. « Cette stipulation a pour but d'écarter toute autre preuve, telle qu'une enquête, et l'offre de preuve par témoins d'un consentement donné verbalement, par le bailleur ne doit pas être accueillie, alors surtout qu'un interrogatoire sur faits et articles n'a donné aucun résultat et le tribunal peut refuser le serment comme mode de preuve » (Rennes, 17 déc. 1928, *Rec.*, Rennes, 1929.15).

Mais le preneur devra-t-il toujours solliciter cette autorisation préalablement à tout engagement vis-à-vis d'un tiers? Nous ne le pensons pas. Rien ne l'empêche au contraire, semble-t-il, d'entamer des pourparlers à ce sujet, et même de se lier par un contrat, ce qui sera particulièrement utile en matière de cession de fonds de commerce

(Paris, 24 oct. 1930, *Gaz. Pal.*, 1930.2.740; Paris, 6 nov. 1930, *Gaz. Pal.*, 1930.2.954.)

Le bailleur serait mal venu à se plaindre des agissements de son locataire, si celui-ci ne s'en est encore tenu qu'à des pourparlers, une seule chose étant importante pour lui, c'est l'entrée effective d'un nouvel occupant. Il apparaît dès lors qu'une demande en nullité de cession de bail ou de sous-location serait irrévocable « comme dénuée d'intérêt » (Paris, 24 oct. 1930 précité). C'est bien ainsi d'ailleurs que l'entendent les tribunaux lorsqu'ils parlent de l'interdiction de céder ou de sous-louer sans l'assentiment du bailleur; cela doit s'entendre uniquement d'une sous-location ou d'une cession accomplie; c'est-à-dire, d'une prise de possession des lieux, par le sous-locataire, effective et non pas seulement hypothétique.

En matière de cession de fonds de commerce notamment, le seul contrat de cession, ne permet pas au bailleur d'intervenir. Sans doute le droit au bail aura fait l'objet d'une mention particulière dans ce contrat, dont il constituera souvent un élément important, mais tant que le sous-preneur n'est pas entré dans les lieux, c'est-à-dire, tant qu'il n'y aura pas eu véritablement sous-location ou cession de bail abusive et irrégulière, le bailleur ne pourra rien faire. Et cela parce que l'accord intervenu entre le preneur et son cessionnaire est resté *res inter alios acta*, c'est-à-dire, qu'il n'a pas pu affecter les relations du preneur et du bailleur auquel il demeure inopposable (Rennes, 4 avril, 1927, *Gaz. Pal.*, 27.2.140).

Moyens employés par le preneur pour tourner la clause restrictive. — Il arrive souvent que pour éluder une clause prohibant la sous-location ou la cession de bail, sans le consentement ou l'agrément du bailleur, le locataire cherche

à déguiser ces opérations sous d'autres qui sont en principe licites.

Les procédés les plus connus sont : la jouissance gratuite, le contrat de gérance, et l'apport en société.

A. La jouissance gratuite. — C'est la situation qui se présente lorsque le locataire donne à un de ses amis, par exemple, le droit d'habiter la maison que son bail lui défend de sous-louer.

La plupart des auteurs admettent qu'il n'y a pas là de sous-location et que par conséquent ce fait n'est nullement compris dans la prohibition. En effet, dit Guillouard¹ « Ce n'est pas là une sous-location ou une cession de bail, mais une libéralité qui ne peut être que très exceptionnelle et qui n'est pas entrée dans la prévision des parties quand elles ont prohibé la sous-location ou la cession ».

Telle était déjà l'opinion de Troplong² « un locataire, dit cet auteur, pourrait même prêter son appartement. C'est ce que reconnaissait formellement M. Cambacérès dans la discussion au conseil d'Etat de l'article 1717 ».

Cette opinion a été suivie par MM Aubry et Rau³ et Marcadé⁴. Selon ce dernier « le prêt fait à l'ami n'a pas la gravité d'une cession ou d'une sous-location, parce que d'un côté il sera généralement d'une durée plus courte, et que d'autre part, on met plus de ménagement et de réserve dans l'usage gratuit d'une chose que dans l'usage qu'on en paye. Le prêt n'est donc pas à redouter au même degré que la sous-location ou cession, et, comme la clause qui prohibe celle-ci est dérogoratoire au droit commun, et ne peut pas alors s'étendre d'une hypothèse à une autre,

1. Guillouard, t. I, n° 328.

2. Troplong, t. I, p. 136.

3. Aubry et Rau, *op. cit.*, t. IV, § 368, 4^e édit.

4. Marcadé (t. VI, art. 1717, II).

c'est le cas de dire que dès que le locataire ne sous-loue pas ou ne cède pas son bail, il n'y a pas d'infraction à la loi du contrat ».

Cependant, M. Duvergier¹ est d'avis contraire et pense que le locataire « ne peut pas permettre à un tiers d'occuper gratuitement les lieux loués, car il serait facile de déguiser de véritables sous-locations ou cessions sous l'apparence de concessions gratuites, et, en outre, le but que sal maison ne fût pas occupée par un autre que par le preneur serait manqué ».

La divergence de ces opinions nous prouvent que la plupart du temps il s'agit en cette matière de cas d'espèce; en conséquence il appartient aux tribunaux de rechercher la commune intention des parties, et d'interpréter le bai en équité, d'après les documents qui leur seront fournis. La charge de prouver que sous la soi-disant jouissance gratuite se cache une véritable sous-location appartient au bailleur. Cette solution fondée sur l'article 1315, du Code civil et la règle de la preuve ne peut faire aucun doute (Cour de Cass., ch. civile, 3 mars 1926, *Gaz. Pal.*, 11 mai 1926).

D'une façon générale on peut conclure que la jouissance gratuite est licite, s'il ne s'agit que d'une concession essentiellement temporaire et faite à un parent ou à un ami. Mais si le preneur veut se substituer au tiers pour toute durée du bail, l'opération change de nature et devient inadmissible. Une telle faculté permettrait, en effet, trop facilement de déguiser la véritable nature de l'acte et d'éviter de demander le consentement du bailleur. Les tribunaux se montrent généralement sévères sur l'admission d'une telle substitution afin de déjouer cette manœuvre (Rennes, 14 fév. 1927, *Gaz. Pal.*, 27.2.140).

1. Duvergier, I., 367.

B. *Le contrat de gérance.* — Ce procédé, assimilable au précédent est principalement employé en matière commerciale. Le locataire commerçant déguise souvent une sous-location ou plus généralement une cession de bail sous un contrat de gérance qui est cependant un contrat très différent par nature. Il implique en effet une exploitation par le gérant pour le compte du propriétaire, comme mandataire de celui-ci, et l'on estime généralement par application des règles du mandat, que ce contrat emporte l'engagement du propriétaire du fonds vis-à-vis des fournisseurs surtout quand il n'y a pas eu de publications régulières (v. Trib. com. Le Havre, 14 déc. 1925, *Gaz. Pal.*, 1926.1.311 et note¹).

Là encore la jurisprudence concède aux tribunaux un pouvoir souverain d'interprétation. Il leur appartient notamment, de restituer aux contrats, leur caractère intrinsèque et véritable, à travers les apparences dont les parties ont pu revêtir leur consentement.

En conséquence, quand un bail interdit au preneur de sous-louer ou de céder son droit au bail sans l'approbation du bailleur, et que le locataire, afin d'éluder la prohibition passe avec son successeur un contrat de simple gérance dudit fonds, c'est à bon droit que les juges du fait prononcent la résiliation du bail pour inexécution des conditions (Cass. civ., 5 mars 1928, *Gaz. Pal.*, 28.1.776; Trib. civ., Seine, 2 fév. 1928, *Gaz. Pal.* 1.406).

Il a été jugé en particulier² que « doit être considéré comme un contrat de cession, et non comme un contrat de gérance, celui dans lequel il est stipulé que le fonds de commerce sera exploité aux risques et périls du gérant,

1. Rennes, 4 nov. 1927, *Gaz. pal.* 1925.1.217; Trib. com. Le Havre, 18 fév. 1925; *Gaz. pal.* 1925.1.687 et note.

2. Paris, 24 mars 1926, Appel trib. civ. Seine, 19 mars 1925, *Gaz. pal.* 26.2.20.

que le gérant acquittera tous les frais d'exploitation, notamment le loyer, les contributions et la patente, qu'il continuera les polices d'assurances, qu'il fera son affaire personnelle des déclarations pour modification de patente, et de licence, qu'il gérera comme bon il entendra et pourra se substituer, dans la direction qui bon lui semblera, et qu'enfin, le propriétaire du fonds de commerce s'interdit de se rétablir, créer, gérer directement ou indirectement un établissement similaire dans un rayon déterminé ».

Des clauses d'un tel contrat, il apparaît nettement que l'exploitant, en dépit de sa qualité de gérant était un cessionnaire du fonds puisqu'il exploitait pour son compte personnel, ce qui est absolument contraire aux règles du mandat (Code civil, art. 1984)¹.

Mais si le gérant choisi reste au contraire soumis à la direction du locataire, ou si ce dernier n'a fait que s'adjoindre des auxiliaires, il n'y a pas transgression à la défense de sous-louer ou de céder, et les juges doivent en conséquence déclarer l'opération parfaitement licite. Il ne faut pas, en effet, se méprendre sur l'intention primitive du propriétaire qui a voulu uniquement que l'exploitation fut personnelle et exclusive, ce qui signifie seulement que le preneur originaire doit conserver la direction effective de l'exploitation.

Rien ne l'empêche donc de se faire aider dans cette exploitation par des auxiliaires et même un gérant².

De même nous croyons qu'un fermier conserve la faculté d'abandonner tout ou partie du domaine à un métayer, car

1. Voir sur cette question Dalloz, *Nouv. C. civ. annoté*, art. 1984, n° 204.

2. Baudry-Lacantinerie et Wahl, « Du louage », 3^e édit., t. 1, n° 1101, p. 635 ; Civ. 5 mars 1928, *Gaz. Pal.* 1928.1.276 ; et autres décisions citées par M. Demogue, *Rev. trim.*, 1928, p. 696, n° 53.

le contrat de métayage, distinct du sous-bail, sauvegarde intégralement son droit de direction en vertu de l'article 5 de la loi du 18 juill. 1889¹.

La charge de la preuve, comme en matière de jouissance gratuite, incombe au bailleur.

Il est demandeur, et c'est à lui comme à tout demandeur, d'établir le fondement de sa prétention. Par conséquent, en présence d'une contravention à la clause qui interdit au preneur de sous-louer ou de céder sans son consentement ou son agrément, il est tenu d'établir par l'un des modes de preuve autorisé par la loi, qu'il y a eu cession ou sous-location au profit d'un tiers, et non un simple contrat de gérance ainsi que le locataire le prétendra pour dénier l'existence de toute infraction au bail. La cour de cassation, chambre civile, dans un arrêt important en date du 3 mars 1926, a cassé un arrêt de la cour de Rennes, rendu le 17 janvier 1922, lequel renversant l'ordre de la preuve, avait mis à la charge du défendeur l'obligation de démontrer la véracité des dénégations opposées par lui aux allégations du demandeur².

C. *L'apport en société*. — C'est encore un procédé fréquemment employé par le preneur pour tourner la clause du bail qui lui interdit de sous-louer sans le consentement ou l'agrément du bailleur.

En abordant cette question délicate et discutée, nous croyons indispensable de rappeler que l'apport du droit au bail peut être fait en propriété ou seulement en jouissance.

Un arrêt de la cour de Paris du 24 février 1927³ a nié que les parties avaient à leur disposition cette possibilité

En ce sens : Trib. civ. Toulouse, 15 juil. 1894, *Gaz. trib.* 2 sept. 1894 ; *contra* : Baudry-Lacantinerie et Wahl, *op. cit.*, n° 1093, p. 633.
2 . Cour de cass, 3 mars 1926, *Gaz. Pal.*, 11 mai 1926 et la note.
Paris, 24 fév. 1927, *Gaz. trib.* 1927.2.224.

de choisir, estimant que l'apport du bail ne pouvait jamais constituer qu'un apport en jouissance. En réalité il nous apparaît que la cour de Paris a confondu l'objet invariable du droit apporté (droit de jouissance) et la nature variable de l'apport, suivant que, l'apporteur s'engage à faire jouir la société du droit au bail dont il reste seul titulaire ou qu'il se dessaisit complètement dudit droit à son profit¹.

Partant de cette observation primordiale, nous croyons pouvoir établir : que l'apport en société du droit au bail se trouve toujours paralysé par la défense de sous-louer ou de céder, parce qu'il fait échec à l'occupation personnelle du preneur; tandis que, au contraire, l'apport en jouissance reste libre dans tous les cas où il ne supprime pas cette occupation personnelle, à moins toutefois qu'elle doive être en même temps exclusive².

En ce qui concerne l'apport en propriété, on conçoit qu'il soit paralysé par une interdiction de sous-louer ou de céder, si l'on admet que presque toujours le bailleur, et parfois le législateur, ont envisagé l'occupation personnelle des lieux par le preneur. Permettre à ce dernier de se substituer à une société serait causer un préjudice considérable au bailleur. C'est tout juste si l'on peut admettre que les héritiers qui recueillent en vertu de l'article 1742 du Code civil, le droit au bail du défunt, puissent en faire apport à une société de personnes formée entre eux seuls, malgré la défense de sous-louer ou de céder³.

1. Trib. civ. Seine-Inf., 15 mai 1928, D. 1929.2.5. Note Voirin.

2. Voirin, *op. cit.*

3. Comp. pour le droit romain, del Chiaro, « le contrat de société en droit romain », thèse Nancy, 1928, p. 221 et suiv. — Certains auteurs (Lagarde, « des clauses réservant l'agrément d'un tiers pour la cession de droits », *Rev. crit. de légis. et de jurispr.* 1928, p. 97 et suiv.), ont prétendu pour justifier le principe qui établit que l'apport en propriété du droit au bail est toujours paralysé par une clause restrictive, qu'un tel apport constitue une aliénation au profit de la

Mais en ce qui concerne l'apport en jouissance, il semble bien que l'on puisse affirmer qu'en présence d'une clause d'interdiction de sous-louer ou de céder, il demeure libre, à moins toutefois que l'*intuitus personae* soit d'une force telle qu'il s'y oppose. C'est ce qui arrive notamment lorsque la chose louée est un domaine rural. Dans ce cas, en effet, les qualités personnelles du preneur ont été prises en considération et il n'est nullement indifférent au bailleur de voir son bien entre les mains de tel fermier auquel il a fait confiance et qui est capable de mener à bien l'exploitation de ses terres, plutôt qu'entre celles de tel autre qu'il ne connaît pas et qui, par sa négligence, contribuera peut-être à la dépréciation du domaine.

Une solution identique s'impose au cas d'entreprises industrielles ou commerciales dans lesquelles l'*intuitus personae* se manifeste presque toujours avec une égale force.

On a dit que même dans des cas aussi nets, il fallait pour juger de la portée de l'interdiction, faire intervenir la nature de la société à laquelle est faite l'apport en jouissance, et que notamment lorsqu'on se trouvait en présence d'une société de personnes, dans laquelle l'associé apporteur du droit au bail est généralement gérant, la clause d'interdiction ne portait pas. Nous ne le croyons pas.

En effet, même si le preneur demeure gérant de ses co-associés, et conserve de ce fait en un certain sens la direction matérielle de l'exploitation, il n'est pas douteux qu'il en perde la maîtrise exclusive. Dès lors, l'*intuitus personae* du bailleur sera mis en échec, car il est certain que le bailleur ait accordé sa confiance à un seul fermier, ou à un seul exploitant déterminé, et non pas aux associés futurs de

personne morale qui se trouve substituée au preneur (voir à ce sujet l'intéressante note de M. Voirin déjà citée).

ceux-ci qu'il ne pouvait pas connaître au moment de la signature du contrat de bail.

C'est donc à bon droit que la cour de Douai, par l'arrêt du 6 juin 1855 (D. P. 55.2.37), statuant en matière de bail à ferme, a condamné la mise en société du droit au bail.

Mais lorsqu'il s'agit de baux de simples locaux au contraire, l'*intuitus personae*, diminue d'intensité au point de faire la plupart du temps complètement défaut. Peu importe dès lors que le preneur conserve seul le droit au bail ou qu'à sa place, il ait substitué une société. Son occupation personnelle prévue au bail se continue suffisamment au cas de mise en société, si toutefois la société est une société de personnes. Il n'y a dans ce cas de la part du preneur qu'un abandon de jouissance personnelle tout à fait partiel contre lequel le bailleur ne peut protester.

La jurisprudence paraît avoir adopté à l'heure actuelle les distinctions un peu subtiles que nous venons d'exposer. C'est à juste titre notamment qu'elle a consacré les dernières solutions, à propos de l'apport du droit au bail à des sociétés à responsabilité limitée qu'à bon droit elle range dans les sociétés de personnes (D. P. 1927.1.161) note Escarra; v. Bourcart, l'*intuitus personae* dans les sociétés, *Journ. des sociétés*, 1927, p. 513 et suiv.¹).

En refusant d'assimiler à une cession, l'apport en société du droit au bail, le Tribunal civil de la Seine-Inférieure (26 avr. 1927 précité) semble impliquer qu'il s'analyse en un apport en jouissance (Cour de Paris, 24 fév. 1927 pré-

1. Voir également, Drouets, *Traité théor. et prat. des sociétés à responsabilité limitée*; Lépargneur, « La loi nouvelle sur les sociétés à responsabilité limitée, *Journ. des sociétés* 1925, p. 257 et suiv. et p. 321 et suiv.; Percerou, « Les sociétés à responsabilité limitée, » *Annales de droit commercial*, 1925, p. 91 et suiv.; Pic et Baratin, « De la part sociale dans les sociétés à responsabilité limitée », *Rev. des sociétés*, 1926, p. 113 et suiv.

cité; Trib. Seine-Inférieure, 15 mai 1928 précité; cour d'appel de Paris, 24 nov. 1928, *Gaz. Pal.*, 1929.1.74).

Quant à la Cour de cassation elle n'a pas encore pris position; elle a seulement déclaré que le juge du fond appréciait souverainement et que sa décision échappait à son contrôle si elle ne dénaturait pas la convention (Cass. req. 4 nov. 1931, *Gaz. Pal.*, 23 déc. 1931. confirmant arrêt Lyon du 15 nov. 1926; Trib. civ., Seine, 3 mars 1930, *Gaz. trib.*, 3 avril 1930; Paris, 17 juin 1930, *Gaz. Pal.*, 30.2.269).

Faillite du preneur. — C'est encore une situation particulière qui peut faire difficulté.

Voici comment se pose le problème que l'on rencontre fréquemment en pratique : Le preneur commerçant tombe en faillite. Le droit au bail que le syndic nommé va trouver dans la faillite en constitue peut-être le seul élément important. Dès lors le syndic qui représente la masse des créanciers et qui, lorsque ceux-ci se sont déclarés en état d'union, a l'obligation stricte de réaliser les biens composant l'actif de la faillite, va-t-il pouvoir tirer partie de ce droit au bail en le sous-louant ou en le cédant nonobstant une clause restrictive qui subordonne chacune de ces deux opérations à l'agrément ou au consentement du bailleur?

Hâtons-nous de dire qu'en cas de faillite il s'agit presque exclusivement de cession de bail, celle-ci n'étant d'ailleurs que l'accessoire de la cession du fonds de commerce; ce n'est donc qu'exceptionnellement qu'une sous-location peut intervenir. Le cas s'est pourtant présenté (Paris, 29 janvier 1921, *Gaz. Pal.* 1921.1.402).

L'article 550, § 5 du Code de commerce dispose que les syndics peuvent « continuer ou céder le bail pour tout le temps restant à courir, à la charge pour eux, ou leurs cessionnaires de maintenir dans l'immeuble gage suffisant... »

Il résulte de ce texte que le législateur ne semble avoir prévu que l'hypothèse d'un contrat ne contenant aucune clause prohibitive ni même simplement restrictive à la faculté de sous-louer ou de céder; faut-il, dès lors, admettre cette solution lorsque le bail contient une de ces clauses?

Certainement pas s'il s'agit d'une clause purement prohibitive auquel cas la volonté formelle du bailleur ne saurait être mise en échec, mais la jurisprudence décide généralement qu'en présence d'une clause simplement restrictive l'article 550 doit s'appliquer.

C'est ainsi qu'un arrêt de la cour de Paris du 26 décembre 1927 (*Gaz. Pal.* 1928.1.573) a jugé « qu'une stipulation portant interdiction de sous-louer ou de céder le bail sans le consentement exprès et écrit du bailleur, n'autorise pas celui-ci à interdire au syndic de comprendre le droit au bail, élément incorporel du fonds de commerce, dans l'adjudication dudit fonds, alors surtout qu'il est énoncé au cahier des charges que l'adjudicataire devra faire son affaire personnelle de l'agrément du bailleur au transfert du bail. »

Une telle clause du cahier des charges est parfaitement licite; en effet, au cas de cession du bail par adjudication après faillite, le droit cédé est précaire, conditionnel et subordonné à l'agrément du propriétaire ou à son défaut à l'autorisation de justice. Le droit reste sans valeur, s'il n'est pas complété par les autorisations voulues après l'adjudication, et avant toute entrée dans les locaux.

Dès lors, le propriétaire est en droit de demander la résiliation du bail, si l'adjudicataire s'installe dans les lieux sans autorisation préalable, et le bail étant résilié, l'adjudicataire est tenu de payer une indemnité d'occupation qu'il appartient à la juridiction saisie de la demande de résiliation, de fixer.

Le propriétaire qui, en fait, ne subit aucun préjudice par suite de cette contravention aux clauses du bail, n'a pas droit à des dommages-intérêts. Mais par contre, le locataire, si le refus du propriétaire de donner son agrément à la cession, est injustifié, peut demander des dommages-intérêts pour le préjudice qui lui est ainsi causé (Paris, 29 janvier 1921, *Gaz. Pal.*, 21.1.402; Paris, 2 mars 1931; *Gaz. Pal.*, 1931.1.748).

Transmission aux héritiers et légataires. — Il nous faut envisager encore ce qui peut se présenter au décès du titulaire du bail. La question peut se poser de la façon suivante : Lorsque le contrat de bail contient une clause restrictive à la faculté de sous-louer ou de céder, l'héritier ou le légataire qui trouve dans la succession le droit audit bail, est-il tenu, pour continuer à pouvoir en jouir, de solliciter au préalable, le consentement ou l'agrément du bailleur ? En d'autres termes, la transmission par décès d'un droit au bail, doit-elle être toujours assimilée à une cession ou à une sous-location ?

Il faut établir une distinction très nette entre l'héritier et le légataire universel d'une part, et le légataire particulier d'autre part.

Les premiers étant les continuateurs de la personne du preneur, il n'est pas douteux qu'il faille faire application de l'article 1742 du Code civil aux termes duquel « le contrat de louage n'est point résolu par la mort du preneur ». Dès lors il apparaît qu'ils n'ont aucune autorisation à solliciter pour se maintenir dans les lieux loués. Toutefois, lorsqu'il s'agit d'un légataire universel qui se rend adjudicataire sur licitation du fonds de commerce et du droit au bail, la jurisprudence exige généralement de lui qu'il signifie une notification au bailleur,

La cour de Paris dans un arrêt du 20 avril 1931 (*Gaz. trib.*, 17 nov. 1931) a condamné le légataire universel qui avait tardé à notifier au propriétaire son entrée en jouissance dans les lieux, au paiement des dépens de l'instance.

Lorsqu'il s'agit maintenant de simples légataires à titre particulier qui ne continuent pas la personne du locataire décédé, il n'est pas douteux que la clause de consentement ou d'agrément s'impose à eux (Paris, 20 avril 1931, *loc. cit.*).

II. — Sanctions du défaut d'autorisation

Il est assez remarquable de constater que l'article 1717, le seul article du Code civil qui traite de la sous-location et de la cession de bail n'indique pas quelle est la sanction de la prohibition de ces deux opérations.

Cela était inutile, dit Laurent¹, puisque l'article 1741 du Code civil établit comme règle générale que le contrat de louage se résout par le défaut respectif du bailleur et du preneur de remplir leurs engagements. Et cette disposition ne fait qu'appliquer au bail le principe de la condition résolutoire tacite établie par l'article 1184 du Code civil pour tous les contrats synallagmatiques.

Malgré cette explication ingénieuse, le champ était libre, et il appartenait à la jurisprudence de faire œuvre créatrice. Elle s'est acquittée de cette tâche difficile sans toujours adopter des principes très nets, mais en cherchant plutôt dans chaque cas particulier qui s'est présenté à appliquer des sanctions équitables.

Ces sanctions peuvent se ramener à trois types principaux :

1. Laurent, XXV, n° 226, 2^e éd.

1° La résiliation du bail;

2° La nullité de la sous-location ou de la cession, généralement suivie de l'expulsion du sous-preneur, et parfois de la réintégration sous astreintes du preneur originaire;

3° Les dommages-intérêts qui peuvent toujours accompagner l'une ou l'autre de ces deux sanctions et parfois les remplacer.

1° *Résiliation du bail.* — C'est la plus grave de toutes les sanctions puisqu'elle entraîne l'anéantissement du contrat de bail. Aussi n'est-elle généralement encourue que lorsqu'elle est prévue expressément par une clause spéciale.

Encore faut-il tenir compte pour juger de l'application plus ou moins rigoureuse de cette sanction, des termes mêmes de la clause d'interdiction qui la prescrit.

a) La clause prévoit qu'en cas de contravention, le bail sera résolu de plein droit et sans autre formalité.

En présence d'une clause aussi précise et sévère le pouvoir d'appréciation que les tribunaux se reconnaissent généralement en la matière est réduit à néant. La résiliation est encourue et la plupart du temps le juge condamne en outre le preneur à des dommages-intérêts (Trib. civ. Seine, 11 avril 1922, *Gaz. Trib.* 2 juil. 1922 ; Trib. civ. Lyon, 18 juin 1924, *Gaz. Pal.* 1924.2.413 ; Lyon, 8 fév. 1926, *Mon. Jud.* Lyon, 12 oct. 1926 ; Trib. civ. Coulommiers, 8 janv. 1926, *Gaz. Pal.*, 1926.1.410).

En ce qui concerne l'application pratique de cette clause, il faut distinguer selon que la juridiction des référés a été ou non prévue. Si elle l'a été, il appartient au juge des référés après le jeu de la clause résolutoire qui a entraîné la résiliation pure et simple du bail de prononcer l'expul-

sion du preneur et de tous occupants indûment installés dans les lieux¹.

Le juge des référés ne peut se déclarer incompétent, et doit prononcer l'expulsion (Lyon, 26 déc. 1927, *Mon. jud.* Lyon, 6 juill. 1928 ; Cass. civ., 19 mai 1931 ; Rép. Commaille, 1931.10.9913).

Le juge des référés ne pourrait renvoyer les parties à se pourvoir devant la juridiction compétente que si une contestation sérieuse de nature à changer le caractère de l'instance était intervenue, et notamment si le locataire s'était prétendu en droit d'agir comme il l'a fait en vertu d'une autre clause du bail. (Cass. req. 22 déc. 1929. *Gaz. Pal.*, 1930.1.124 ; Paris 17 nov. 1930' *Gaz. Pal.*, 1931.1.122 ; Cass. civ. 19 mai 1931, *loc. cit.*).

Si la juridiction des référés n'a pas été prévue, une instance judiciaire est nécessaire ; mais le juge n'est investi d'aucun pouvoir d'appréciation, et il est tenu, de par l'article 1134 du Code civil de faire droit à la demande en résiliation, lorsqu'il constate l'existence de la contravention au contrat (Trib. civ. Coulommiers 8 janv. 1926 *loc. cit.* ; Lyon, 8 fév. 1926, *loc. cit.*).

b) Le bail stipule simplement le respect de la clause restrictive, à peine de résiliation.

Dans ce cas les tribunaux ne sont pas absolument liés et ils ne sauraient être tenus toujours de prononcer une mesure aussi grave. Il leur appartient, en vertu de l'article 1184 du Code civil, d'interpréter les conventions, d'apprécier l'importance de la contravention et de dire si le préjudice causé correspond à la gravité de la sanction prévue. (Baudry-Lacantinerie et Wahl., *op. cit.* ; Trib. civ. Coulom-

1. Voir ce qui a déjà été dit sur cette question p. 50 et s.

miers, 8 Janv. 1926, *op. cit.* ; Trib. civ. Nantes, 10 Oct. 1928. *Gaz. Pal.*, 1929.2.424 ; Rapp. Douai, 15 mai 1922, D.P. 1922.2.164).

« La clause insérée par les parties n'a pas la valeur d'une clause pénale, mais celle d'une disposition qui reproduit une disposition légale, et qui laisse par conséquent aux juges, la même liberté que la loi » (Req. 29 mars 1927).

Pourtant les tribunaux ont généralement tendance à prononcer la résiliation du bail en cas d'inobservation de la clause (Lyon, 11 fév. 1926, S. 1926.2.13 ; Nancy, 3 mars 1926, *Gaz. Pal.*, 1926.2.91 ; Cass. req. 9 juin 1926, S. 1926.1.327 ; Paris, 24 nov. 1926, *Gaz. Pal.*, 1927.1.147 ; Cass. req. 16 nov. 1927, *Gaz. Pal.*, 1927.2.848, D.P. 1928.1.61 ; Cass. req. 21 janvier 1930, *Gaz. Pal.*, 1930.1.535.).

c) Le bail stipule le respect de la clause restrictive, mais sans prévoir la résiliation comme sanction nécessaire.

Dans ce cas, le pouvoir d'appréciation des tribunaux, tiré de l'article 1184 est encore plus grand.

Cela ne les empêche pas de se prononcer très souvent pour la résiliation. Faut-il s'étonner d'ailleurs d'une telle sévérité, et n'est-il pas juste de protéger énergiquement les propriétaires contre les abus de la part des locataires, de même qu'on protège ceux-ci contre les premiers ?

La solution de la jurisprudence s'applique d'ailleurs aussi bien quand le locataire exploite un fonds de commerce. Il n'y a pas en effet à protéger celui-ci contre les conséquences prévues d'une violation aussi flagrante de ses devoirs (Voir en ce sens, précisément dans le cas d'une location commerciale : Req. 9 juin 1926, S. 1926.1.327 ; et parmi les décisions où ce grief entre en ligne de compte : Nancy, 3 mars 1926, *Gaz. Pal.*, 1926.2.91 ; Lyon, 11 fév. 1926 précitée ; Grenoble, 17 octobre 1923, *Gaz. Pal.*, 1923.

2.680 ; Nantes, 26 déc. 1922, *Gaz. Pal.*, 1923.1.351)¹.

La résiliation est également encourue quand le locataire ayant averti le bailleur de son intention de sous-louer, et sollicite son consentement, mais ayant rencontré un refus, passe outre de sa propre autorité. Il ne lui appartient pas de se faire justice à lui-même; il doit s'adresser aux tribunaux, s'il estime le refus injustifié. Maints arrêts l'ont affirmé explicitement ou implicitement. (Rennes, 1 fév. 1927, *Gaz. Pal.* 1^{er} juin 1927 ; Amiens, 29 mars 1926, *Gaz. Pal.*, 1926.2.91).

Dans certains cas cependant le juge considère qu'en l'absence d'un pacte commissaire exprès, l'infraction n'est pas suffisamment grave pour entraîner la résiliation du bail. (Trib. civ. Rouen, 21 janv. 1931, *Gaz. Pal.*, 1931.1.583). Dans ce cas la sanction choisie par le juge peut varier à l'infini. Dans la décision ci-dessus, il a été seulement impartie au locataire un délai de trois mois pour obtenir l'assentiment du bailleur, ou en cas de refus de celui-ci, pour saisir le tribunal de la question de légitimité de ce refus.

2^o *Nullité de la sous-location ou de la cession.* — En l'absence d'une clause de résiliation expresse, les juges peuvent également prononcer la nullité de la sous-location ou de la cession. Et cela quand bien même le bailleur demanderait en justice la résiliation du bail. Il faut même, croyons-nous, que la demande de celui-ci conclut à la résiliation, sinon sa prétention serait dénuée d'intérêt. En effet la cour de Paris a très justement fait observer que demander seulement la nullité de la sous-location ou de la cession prohibées par le bail, ne serait d'aucun intérêt pour le

1. V. également, Cass. civ., 8 déc. 1930, *Gaz. Pal.* 1931.1.86 et la note ; Paris, 24 oct. 1930, *Gaz. Pal.* 1930.2.740.

bailleur, en raison de ce que le locataire pourrait en consentir une autre le lendemain même (Paris. 6 nov. 1930, *Gaz. Pal.*, 1930.2.954).

En principe donc, dès l'instant qu'il y a une infraction à la clause du bail, le bailleur est recevable à demander en justice la résiliation du bail et les juges doivent la prononcer, à moins qu'ils ne considèrent que le préjudice subi par le bailleur ne justifie pas une mesure aussi grave, auquel cas il leur est loisible de ne prononcer par exemple que la nullité de la sous-location ou de la cession de bail.

En prononçant cette nullité ils doivent logiquement ordonner l'expulsion de l'occupant, lequel est assurément sans droit ni titre (Baudry-Lacantinerie et Wahl, t. I. n° 1195 ; Guillouard, t. I, n° 332 ; Nancy, 3 mars 1926, *Gaz. Pal.*, 1926.2.91).

Ils peuvent même décider, par interprétation souveraine que le preneur qui a déménagé et laissé un tiers s'installer dans les lieux, devra réintégrer les locaux litigieux sous astreintes (Paris, 6 mai 1835, *S. Chron.* ; Cass. req. 12 juin 1929, *Mon. juge paix*, 1930, p. 15).

3° *Dommages-intérêts*. — Les tribunaux peuvent enfin condamner simplement le preneur au paiement de dommages-intérêts, et cela même lorsque le bailleur a demandé une mesure plus sévère.

La cour de Douai¹ décide notamment que l'article 1717 ne signifie pas qu'en cas de sous-location interdite par le bail, la résiliation est de rigueur ; par suite les juges peuvent, comme pour tout autre contrat prononcer une simple condamnation à des dommages-intérêts contre le preneur (Baudry-Lacantinerie et Wahl, *op. cit.*).

1. Douai, 15 mai 1922, D. P. 1922.11.164.

Mais les juges doivent alors ordonner la cessation de la sous-location ou de la cession.

Ils peuvent encore ne prononcer qu'une condamnation à des dommages-intérêts si la sous-location a cessé au moment de l'introduction de la demande (Req. 13 déc. 1820, et Lyon 6 juin 1821, R. 458 ; Besançon, 8 juin 1854, D.P. 55.2.255)... ou si le preneur offre de la faire cesser (Lyon, 16 déc. 1825, R. 465, p. 403 et note 1).

Le bailleur peut toujours d'ailleurs ne demander que des dommages-intérêts (Lyon, 30 juin 1887, D.P. 88.2.59).

Enfin lorsque l'infraction se présente avec un degré particulier de gravité, le juge peut prononcer la résiliation et allouer en outre au bailleur des dommages-intérêts (Cass. req. 3 juin 1926, *op. cit.*).

III. Le consentement du bailleur.

Le bailleur peut faire connaître qu'il consent à la sous-location ou à la cession de bail soit expressément soit tacitement.

Acceptation expresse. — Elle résulte d'une autorisation non équivoque donnée au preneur, le plus souvent par écrit même si le bail ne prévoit pas un « consentement écrit ». Le consentement oral pourrait d'ailleurs être prouvé par témoins à condition toutefois que le preneur puisse appuyer sa prétention d'un commencement de preuve par écrit (Amiens, 7 juin 1838, S. *Chron.* sur pourvoi). La Cour de cassation, Chambre des requêtes¹ décide que la clause d'un contrat de bail portant que le preneur ne pourra sous-louer sans le consentement du bailleur, n'est pas tellement de rigueur qu'un consentement verbal prouvé par le preneur

1. Req. 19 juin 1839, S. 1839.1.462.

ne puisse être déclaré suffisant, pour pouvoir autoriser la sous-location.

La plupart des auteurs et la jurisprudence estiment en outre que le fait de percevoir des loyers directement des nouveaux sous-locataires ou cessionnaires sans manifester aucune protestation, vaut acceptation expresse (Req. 28 juin 1859, S. 1860.1.447; Nancy, 14 oct. 1911, S. 1913.2.178; Paris, 23 janvier 1912 précité; Montpellier, 19 déc. 1921, *Gaz. Pal.* 1922.1.117)¹. Il en est de même à plus forte raison lorsque le bailleur a pris des mesures pour leur recouvrement (Nancy, 14 oct. 1911, précité).

Acceptation tacite. — La jurisprudence a d'une façon générale tendance à se montrer très large dans l'appréciation des situations qui font présumer l'acceptation tacite du bailleur. Mais elle paraît exiger d'autre part que la ratification du bailleur « résulte de faits et circonstances ne laissant aucun doute sur sa volonté ». C'est ainsi qu'elle ne paraît pas tolérer qu'on se borne « à de vagues allégations »; elle veut enfin que l'interprétation qu'on en fait « soit de bonne foi » (Douai, 26 juin 1920, *Gaz. Pal.*, 1920, 25 déc.; Coulommiers, 8 janvier 1926, *Gaz. Pal.*, 1926.1.410; Dijon, 1^{er} mars 1928, *Gaz. Pal.*, 1929.2.422; Trib. civ. Angers, 9 juillet 1929, *Gaz. Pal.*, 1929.2.424).

L'acceptation tacite résulte la plupart du temps du silence et de l'inaction gardés par le bailleur qui ayant eu connaissance de la contravention à la clause du bail, laisse le nouvel occupant pénétrer dans les lieux sans protester (Lyon, 3 mai 1837, Chambéry, 1^{er} juin 1887; Paris, 23 janvier 1912. S. 1913.2.54; Colmar, 12 avril 1864. D. 1865. 2.32; S. 1864.2.285; Trib. com. Seine, 10 nov. 1922.

1. V. également dans ce sens P. Esmein, *Sem. jur.*, 1927, p. 1107.

Gaz. Pal., 1923, 4 mars ; Nancy, 12 janv. 1923, D.P. 1923.2.169, note Josserand ; Trib. Seine, 20 déc. 1923 ; D. H. 1924, 78 ; Lyon 5 Juin 1924, D.H. 1924.521).

Il en est même à plus forte raison lorsque le bailleur a laissé le nouvel occupant faire dans les lieux des travaux et des changements nécessaires à l'exercice de son droit, (Lyon, 3 mai 1837, D. P. 1838.2.17 ; S. 1837.2.518).

Toutes ces décisions sont très équitables, car il faut avouer qu'il y a vraiment faute de la part du bailleur à ne pas protester dès qu'il a connaissance du fait accompli, et « à laisser subsister une situation dont la liquidation retardée sera plus onéreuse pour le locataire et son substitué ».

La victime d'un acte illicite peut très bien le cas échéant avoir des devoirs à l'égard de l'auteur de l'acte prohibé, et à l'occasion de celui-ci. Il est clair d'ailleurs qu'ils doivent être appréciés avec modération. Mais il faut tenir compte aussi du fait que le bailleur a pu ne subir aucun préjudice appréciable¹.

Le silence du bailleur peut également être considéré le cas échéant comme une acceptation « du fait accompli » lorsque le locataire ayant averti le bailleur de son intention de sous-louer et sollicité son consentement, mais ayant rencontré un refus, passe outre de sa propre autorité (Nancy, 12 janv. 1923, D. 1923.2.169, *Gaz. Pal.*, 1923.2.348). Mais il semble qu'on doive l'admettre moins facilement que dans les cas précédents, car ici la bonne foi du preneur est fort douteuse.

Dans d'autres cas il a paru aux tribunaux bien sévère

1. P. Esmein, *op. cit.* ; voir parmi les arrêts admettant l'autorisation tacite : Cass. req. 10 juin 1839, S. 1839.1.462 ; Colmar 12 avril 1864, S. 1864.2.285 ; Nancy, 24 oct. 1911, S. 1913.2.178 ; Paris, 23 janv. 1912, S. 1913.2.54 ; Trib. St-Malo, 28 nov., 1923, *Gaz. Pal.* 1924.1.155.

d'admettre que le silence vaille toujours acceptation tacite. Il y a parfois, en effet, quelque rigueur à faire résulter une déchéance pour le bailleur d'une temporisation n'ayant peut-être pour cause que l'absence d'esprit combatif. (Trib. Coulomiers, 8 janv. 1926, *Gaz. Pal.*, 1926.1.410; Req. 2 fév. 1910, S. 1912.1.302; Dijon, 1^{er} mars 1928, *op. cit.*),

D'autres tribunaux estiment même que le silence du bailleur ne peut équivaloir à une acceptation, si une manifestation positive de volonté de sa part ne vient le compléter (Paris, 24 nov. 1926, *Gaz. Pal.*, 1927.1.147).

Consentement par écrit. — Des solutions différentes de celles que nous venons de résumer doivent-elles être énoncées lorsque le bail prévoit que le consentement du bailleur devra se manifester d'une façon expresse et par écrit ?

Certains tribunaux l'ont estimé. Un jugement du tribunal du Rhône (14 oct. 1926. D.H. 1927.32) fait remarquer que la clause de « consentement par écrit », est une formule d'origine notariale qui a pour but uniquement « d'accentuer la force des clauses restrictives et d'écarter l'équivoque des acceptations tacites ». Ainsi donc lorsque le bailleur a prescrit que son consentement devrait être écrit c'est qu'il a voulu lui-même se préserver contre une interprétation éventuelle de ses actes, et notamment qu'on ne puisse en induire jamais une acceptation tacite. L'interprétation restrictive des clauses du bail veut que l'on attache une importance toute particulière à une clause spéciale du genre de celle-ci, sinon à quoi servirait de l'avoir introduite ?

Mais ce n'est pas ainsi généralement que les tribunaux jugent la question. Il a été jugé notamment que les quittances délivrées par le bailleur au cessionnaire ou au sous-

preneur constituent un consentement par écrit (Nancy, 13 déc. 1834, R. 475-2°; Req. 28 juin 1859, D. P. 1859.1.459)¹, et il est généralement admis que toutes les fois que le consentement du bailleur peut être prouvé d'une façon quelconque, on peut passer outre à la stipulation du bail qui demande un consentement écrit (Douai, 15 juin 1841, Cass. 28 juin 1859, S. 60.1.447 ; Colmar, 12 avril 1864; Paris, 19 avril 1882).

Cette solution est d'ailleurs logique, car il apparaît vraiment qu'une telle clause ne peut, par avance, faire obstacle à ce que le bailleur renonce à l'invoquer puisqu'elle a été conçue en sa faveur (Req. 23 mai 1870, D. 72.1.90. Trib. Seine, 11 fév. 1887, *Gaz. Pal.*, 1887.1.251; Paris, 23 janv. 1912 précité. Baudry-Lacantinerie et Wahl, I, n° 1117; Aubry et Rau, V, § 368, note 7; Guillouard, t. I, n° 327, Laurent, t. 25, n° 219 et 232.

§ 2. *Obligations du bailleur.*

Par l'insertion dans le bail d'une clause restrictive, le bailleur s'est réservé expressément soit de consentir à la sous-location ou à la cession, soit d'agréer le sous-locataire ou le cessionnaire.

Ces différentes sortes de clauses sont d'un emploi tout à fait légitime. Le bailleur n'est-il pas en définitive maître de sa chose et n'aurait-il donc pas le droit de ne faire entrer chez lui que les personnes qu'il a choisies ou agréées? Quoiqu'on ait pu dire le contrat de bail est toujours un peu un contrat fait *intuitu personae*, en considération de la personne du preneur à qui le bailleur fait confiance. La solvabilité du locataire, son genre de vie, sa moralité,

1. Certains auteurs estiment cependant qu'il est plus exact de dire qu'elles prouvent un consentement tacite (Laurent, t. 25, n° 219).

l'usage qu'il fera des lieux loués, etc., sont autant d'éléments qui ne peuvent demeurer indifférents au propriétaire. Est donc parfaitement légitime le droit que celui-ci s'est réservé d'intervenir en cas de sous-location ou de cession du bail.

Mais va-t-il falloir en conclure que ce droit est toujours absolu et que le bailleur n'est jamais tenu vis-à-vis du preneur d'aucune obligation? Nous touchons ici à un problème très grave qui a fait l'objet depuis plus d'un siècle d'un nombre incalculable de décisions. L'unité est loin d'être faite d'ailleurs entre les tribunaux, et la jurisprudence se montre vacillante et incertaine, évoluant tantôt dans un sens tantôt dans un autre, suivant les événements et les idées du moment.

Il importe donc avant d'aborder ce problème primordial de bien préciser en quoi il consiste.

Position du problème. — Pratiquement le problème se pose de la façon suivante : Le bailleur qui a inséré dans le contrat de bail une clause du genre de celles que nous venons d'exposer, soit qu'il se réserve de donner son consentement à la sous-location, soit qu'il subordonne seulement cette opération à son agrément, peut-il refuser arbitrairement son autorisation sans avoir parfois à fournir au locataire les raisons et les motifs de son refus?

Autrement dit faut-il accorder en toutes circonstances au bailleur un droit de refus absolu, sans possibilité pour le preneur d'exercer un recours quelconque en cas de refus manifestement injustifié ou seulement abusif, et sans reconnaissance au profit des tribunaux en cas de conflit d'un droit de regard leur permettant d'exercer un contrôle équitable sur les droits du bailleur ?

Importance du problème. — C'est principalement en ma-

tière commerciale que le problème risque de prendre une acuité toute particulière. C'est en cette matière d'ailleurs que les tribunaux ont eu à intervenir le plus souvent, surtout depuis la dernière guerre.

En effet la stricte application du droit de refus du bailleur apporte trop fréquemment une entrave à la transmission des baux, et par suite à la libre mutation des fonds de commerce.

Si, en principe, le fonds de commerce reste distinct du local où il s'exploite, en ce sens qu'il peut être transféré d'un lieu à l'autre, il n'en est pas moins vrai de dire que ces deux éléments constitutifs de l'exploitation commerciale sont intimement unis l'un à l'autre, parfois même si intimement que le seul transfert dans un autre lieu suffit à dérouter la clientèle et à mener à brève échéance le commerçant à la faillite. Ce phénomène est particulièrement sensible dans les grandes villes où la situation des magasins a une importance primordiale.

Il n'est donc pas douteux que le droit au bail constitue en cette matière une valeur non négligeable du fonds de commerce. Il en résulte que l'interprétation judaïque des clauses limitatives aboutit à enfermer dans une impasse les locataires commerçants ou industriels, à qui elle enlève du même coup, avec la facilité de céder ou de sous-louer le bail, la possibilité de céder leur fonds en même temps.

La résistance injustifiée du bailleur peut ainsi priver le preneur de ses espérances les plus légitimes et même le conduire à la ruine s'il se trouve subitement, pour raison de santé par exemple dans l'impossibilité de continuer à exploiter son fonds. Cette considération, dont la valeur n'est pas contestable, a joué un grand rôle, et a été d'un grand poids dans la pensée du juge (Paris, 29 janvier 1921,

Gaz. Pal., 1921.1.404¹ ; Rennes, 5 déc. 1922, Nancy, 12 janvier 1923, D. P. 1923.2.169), comme aussi, mais sans résultat définitif, dans celle du législateur.

On n'a pas attendu, en effet, la crise économique consécutive à la dernière guerre pour s'apercevoir des constatations que nous venons de rappeler et pour s'en émouvoir. Les doléances, les plaintes fort nombreuses des intéressés, les vœux émis par les sociétés des commerçants, magasiniers et industriels, les desiderata formulés par le conseil général de Marseille dans ses séances des 17 et 22 février 1907, avaient dès cette époque attiré l'attention du législateur sur une situation à laquelle il était urgent de remédier.

Une proposition de loi, tendant à modifier l'article 1717 du Code civil, fut présentée à la Chambre par M. J. Thierry dans sa séance du 13 juillet 1908².

« Les commerçants, disait le député de Marseille, et les industriels sont, de tous les locataires les plus gravement lésés par l'article 1717. En mettant un obstacle à la cession des baux, il constitue une entrave néfaste à la transmission du fonds de commerce. Le droit au bail est souvent la cause déterminante de l'achat d'un fonds de commerce ; il fait partie de la vente, et en est un élément essentiel. Le plus souvent la situation de lieu détermine à elle seule la valeur du fonds en même temps que le choix de l'acquéreur. Le matériel, l'achalandage, le nom commercial,

1. Suivant la remarque de la cour de Paris, en cas de location faite à un commerçant d'un local destiné à son exploitation commerciale, « le droit au bail fait manifestement partie de la valeur vénale du fonds de commerce, de telle sorte que retirer au locataire le droit de sous-louer ou de céder son bail équivaut à le priver dans une large mesure, de ses espoirs de propriété commerciale et d'augmentation de valeur de son fonds ».

2. *J. off.*, Ch. des députés, documents, session ordinaire 1908, annexe, n° 2003.

ou l'enseigne, peuvent à la rigueur, disparaître et être modifiés ; seule la situation permanente du fonds peut en assurer la raison d'être et la continuité en y fixant les préférences de la clientèle ambiante. Les propriétaires n'ignorent pas cet état de chose ; certains en tirent un profit abusif ; qu'un commerçant ou un industriel trouvant une occasion favorable de vendre son fonds avec le droit au bail propose un successeur à l'agrément d'un propriétaire, ce dernier peut refuser sans motifs sérieux ou légitimes ou même mettre aux enchères cet agrément. Il y a là pour les malheureux commerçants assujettis aux caprices ou au calcul d'un bailleur peu scrupuleux ou même simplement capricieux une difficulté qui appelle l'attention du législateur. »

M. Thierry estimait à juste titre qu'il convenait de corriger cette situation par un texte nouveau, et voici quelle est la proposition de loi qu'il soumettait à l'approbation de la Chambre : Article unique. — Le troisième paragraphe de l'article 1717 du Code civil est abrogé et remplacé par la disposition suivante : « Le bailleur peut se réserver la faculté d'agréer ou de refuser la sous-location ou la cession de bail, mais pour les locations industrielles ou commerciales, il doit formuler les motifs de son refus. Les contestations sur la validité de ces motifs seront soumises aux tribunaux de commerce. »

Cette proposition de loi qui était de nature à adoucir considérablement l'acuité du problème n'a pas été adoptée, et l'article 1717 est encore aujourd'hui ce que l'ont fait les rédacteurs du Code civil.

Depuis la guerre, avec la pénurie des logements qui a sévi jusqu'à ces dernières années, la situation est devenue tellement critique que les tribunaux ont dû intervenir pour

sauver du désastre plus d'un infortuné commerçant ou industriel.

Même en matière bourgeoise où la crise des loyers a sévi avec une égale rigueur, l'application draconienne du droit de refus du bailleur risquait d'aboutir à des résultats parfois scandaleux.

Consacrer en effet le pouvoir des propriétaires, et s'incliner complaisamment devant leurs fantaisies et leurs exigences, s'était mettre certaines personnes dans l'impossibilité de trouver le gîte que bien des locataires leur auraient offert s'ils avaient pu rompre les liens qui les enfermaient dans les lieux sans pouvoir s'évader. Aussi les tribunaux ont-ils dû également intervenir.

Solution du problème. — En présence des clauses dites de consentement et d'agrément, la délicate question de leur interprétation s'est posée depuis longtemps. Il faut en effet choisir entre deux conceptions opposées : La conception *absolutiste* qui estime que l'on doit interpréter rigoureusement les termes de la clause, et reconnaître par conséquent au bailleur un pouvoir de refus toujours absolu ; Il y a donc pour les partisans de cette conception assimilation entre les clauses limitatives et les clauses prohibitives ; Les tribunaux n'ont en conséquence aucun droit, ni aucun pouvoir d'intervention en cas de contestation.

La conception dite de la *relativité* qui subordonne l'exercice du droit du bailleur à des raisons « sérieuses et légitimes » dont le contrôle appartient en cas de conflit aux tribunaux. On admet donc dans cette conception que la résistance injustifiée du bailleur peut être vaincue et en conséquence que le juge peut par décision de justice

tenant lieu de consentement ou d'agrément ordonner que le sous-locataire ou le cessionnaire se maintiendra dans les lieux.

Voilà les deux thèses opposées entre lesquelles la doctrine et la jurisprudence ont eu à choisir. Examinons l'une et l'autre :

Doctrine. — La plupart des juristes ne se sont pas montrés impressionnés par toutes les considérations d'ordre économique que nous avons exposées, et ont admis presque tous qu'il fallait interpréter les clauses restrictives avec la plus grande rigueur possible sans distinguer en général suivant l'affectation des lieux loués ni suivant la teneur de la formule employée.

Guillouard¹ estime que le droit du propriétaire est absolu et qu'il doit le rester : « Quel que soit l'intérêt du preneur à sous-louer, quelque changement qui soit survenu dans la situation, quelque soit d'un autre côté le peu d'intérêt du bailleur à empêcher la sous-location, cette sous-location devra être interdite rigoureusement. La convention des parties l'emporte sur toute considération de sentiment. Toutefois il faut la restreindre à l'hypothèse qu'elle prévoit ».

Duvergier² est du même avis : « Lorsque le bail défend au preneur de céder ou de sous-louer, aucune modification ne doit être admise, aucune transaction ne peut être accueillie. » Mais on doit rechercher l'intention des parties. « En un mot, point de modifications à la défense de sous-louer, mais aussi point d'extension de cette clause au cas que les parties n'ont pas eu en vue³ ».

1. Guillouard, *Traité du contrat de louage*, 3^e éd., t. I, 325.

2. Duvergier, t. I, 351.

3. En ce sens également Troplong, « Louage », 327. Laurent, *Principes de dr. civ. français*, t. 25, n° 218.

Pour M. Capitant¹ « cette clause est de rigueur » signifierait deux choses en même temps :

1° D'abord que tout ce qui n'est pas interdit par le contrat est permis;

2° Ensuite, que les juges ne possèdent dans cette matière aucun pouvoir modérateur. En cas d'infraction à la loi du contrat, ils doivent prononcer la résiliation du bail avec des dommages-intérêts².

Aubry et Rau³ et Baudry-Lacantinerie et Wahl⁴ interprètent également ces clauses rigoureusement.

MM. Planiol et Ripert⁵ font remarquer enfin que la solution de la doctrine est la seule qui apparaisse comme juridiquement exacte puisque seule elle respecte le principe énoncé par l'article 1717 à savoir que toute clause d'interdiction est « de rigueur ». Logiquement on doit donc affirmer que le refus du bailleur constitue un empêchement absolu à la sous-location ou à la cession, et cela aussi bien lorsque le bailleur s'est réservé de consentir, à l'opération elle-même que lorsqu'il s'est réservé d'agréer la personne proposée. Dans l'un et l'autre cas « c'est méconnaître l'intention des parties que d'imposer par autorité de justice au bailleur, un nouveau locataire, qu'il ne voudrait pas voir substituer au premier.

Critique de la Doctrine. — Cette théorie de la doctrine est-elle aussi rigoureusement exacte que le prétendent ses auteurs ?

1. Colin et Capitant, *Traité élém. de dr. civ.*, t. 5, § 368 p. 334.

2. Req. 2 fév. 1910, D. 1910.1.141.

3. Aubry et Rau, 5^e éd., t. 5, § 368, p. 334.

4. Baudry-Lacantinerie et Wahl, « Du louage », n° 1104 ou, 3^e éd., I. 1087.

5. *Traité de dr. civ. français*, Planiol et Ripert, t. 10 p. 686 et s., n° 556.

Monsieur Josserand dans un exposé lumineux¹ en a fait le procès. Il estime en effet qu'elle procède d'une vue un peu superficielle de la situation et qu'elle ne tient pas devant une série de remarques relevées d'ailleurs par la jurisprudence qui s'en est prévaluée pour donner souvent au problème une solution plus équitable.

1° On prétend tout d'abord que l'application rigoureuse des clauses restrictives correspond à l'intention commune des parties. Respect est dû aux conventions disent les auteurs ; dès lors, du moment que le propriétaire ne consent pas ou n'agrée pas, l'interdiction subsiste ; et il n'est pas douteux que les parties l'aient entendu ainsi au moment de la signature du contrat. Est-ce exact et peut-on seulement dire que les clauses en question ont toujours été connues des deux intéressés et librement acceptées par eux ? Il faut considérer comment les choses se passent dans la pratique. Sans doute les modalités principales du bail telles que le prix du loyer, la durée de la location, la date d'entrée en jouissance, sont débattues de gré à gré, mais il faut reconnaître qu'en ce qui concerne les modalités secondaires, dans lesquelles il faut incontestablement faire rentrer les clauses relatives à la sous-location et à la cession, il n'en est la plupart du temps pas de même. Celles-ci sont en effet acceptées par simple adhésion. Le bailleur présente au preneur une longue formule imprimée sur une feuille « passe-partout »² que celui-ci signe de confiance sans même la lire. Il n'est donc pas exact de dire que les clauses restrictives sont toujours librement débattues par les parties et acceptées par elle

1. Note Josserand, Dalloz, 1923.2.169.

2. V. l'arrêt de la cour de Lyon du 16 juin 1914, *Mon. judic.*, 24 sept. 1914.

en pleine connaissance de cause. Nous croyons au contraire qu'il est plus juste de soutenir que presque toujours le preneur s'est contenté d'adhérer en bloc « à la déclaration d'une volonté supérieure à la sienne, qui s'est imposé à lui et devant laquelle il s'est incliné d'instinct ».

On conçoit dès lors que les tribunaux se soient souvent montrés très prudents lorsqu'il s'est agi pour eux d'appliquer les clauses restrictives, et l'on comprend qu'ils cherchent presque toujours à savoir si les clauses en question sont bien arrivées à la connaissance de l'intéressé.

2^o Même en admettant que la clause ait été débattue de gré à gré et acceptée par le preneur de propos délibéré nous ne pensons pas qu'on soit fondé à prétendre qu'une, application rigoureuse soit toujours possible. En effet peut-on même dans ce cas parler de commune volonté et peut-on dire que les parties aient eu une intention absolument concordante? Sans doute le bailleur a considéré que la clause lui conférait un droit absolu, mais il n'est pas vraisemblable de penser que le preneur ait eu « la bonté d'âme d'entrer dans ses vues ». Comment admettre en effet que ce dernier ait pu se lier ainsi définitivement alors qu'il savait pertinemment que bien des circonstances pourraient le mettre dans l'obligation de quitter les lieux loués avant l'expiration du bail : « il a dû penser à la maladie qui le contraindrait à changer de climat, aux hasards de sa carrière qui l'obligeraient à changer de résidence, à l'établissement de ses enfants qui ferait le logis trop grand, ou à leur naissance qui le ferait trop exigü, aux changements de fortune qui rendront le loyer trop cher ou trop modique. Et surtout s'il est commerçant ou industriel, il a dû songer qu'un jour viendrait, où désireux de prendre du repos, il chercherait à céder son fonds, et par conséquent

son bail qui en constitue un élément pratiquement indivisible. Et alors, envisageant de telles possibilités, est-il admissible qu'il ait entendu, en souscrivant à une formule ambiguë, se lier les mains, subordonner irrémédiablement sa vie à un contrat de louage de choses, et consentir à l'incessibilité de son fonds ? Pareille interprétation serait contraire à toute vraisemblance. »

On ne doit pas supposer, dit la Cour de Rouen, que le locataire ait commis la lourde faute d'accepter, sans compensation, une combinaison qui le mettrait à la discrétion de son fournisseur de logement¹.

« En réalité, les deux parties auront rarement envisagé la clause sous le même aspect ; et c'est bien pourquoi cette clause devient souvent litigieuse : il n'y a pas eu « commune volonté », du moins en ce qui concerne la portée de la clause ; il y a eu deux volontés divergentes, qui ne manqueront pas de se heurter à la première occasion, ainsi que le prouvent les nombreux procès suscités par l'interprétation de telles formules. »

3^o D'ailleurs, poursuit M. Josserand, « si l'on voulait tenter quand même de dégager cette hypothétique volonté commune, il faudrait évidemment tenir le plus grand compte de la formule employée. Or cette formule n'est pas absolument exclusive, mais seulement limitative de la faculté de substitution ; elle porte, non pas une interdiction de principe, mais seulement une interdiction d'espèce². Comme le remarque la cour de Colmar on ne doit pas la

1. Rouen, 24 janv. 1881, D. P. 1883.2.71 ; Montpellier, 19 déc. 1921, *Gaz. Pal.*, 8-9 janv. 1922.

2. V. les conclusions de M. l'avocat général Dreyfus et les motifs du jugement du tribunal du Havre et de l'arrêt de la Cour de Rennes, (Trib. civ. Le Havre, 1^{er} juil. 1922 ; Rennes, 5 déc. 1922, D. 1923.2.169).

considérer en tant qu'elle se réfère au consentement ou à l'agrément du bailleur comme une clause « banale et sans portée »¹.

Si les contractants avaient entendu laisser le locataire à l'entière discrétion du propriétaire, ils auraient recouru à la formule prohibitive, sans addition et sans dérogation ; par cela même qu'ils ont employé une rédaction plus souple, laissant entrevoir éventuellement une échappatoire possible, ils ont conditionné le droit du bailleur, sinon on ne s'expliquerait plus la modalité du consentement ou de l'agrément : ou bien cette modalité est dénuée de sens pratique — et les parties auront alors parlé pour ne rien dire — ou bien elle signifie que le droit, pour le bailleur de s'opposer à la substitution n'est point absolu.

4^o L'argument que la doctrine tire du texte même de l'article 1717 § 3 et qui consiste à dire que la clause d'interdiction « est toujours de rigueur, n'a pas davantage de valeur. Les auteurs, nous l'avons vu estiment que par cette expression « toujours de rigueur » les rédacteurs du Code civil ont entendu proscrire la jurisprudence de nos anciens parlements et contraindre le preneur à s'incliner devant le refus du bailleur, sans pouvoir en apprécier ni même en rechercher les motifs². A quoi M. Josserand répond d'abord « que la signification prêtée à ce texte est pour le moins divinatoire, et qu'on pourrait aussi bien, comme l'a fait la cour de Paris précisément dans l'arrêt annoté et critiqué par M. Planiol, l'entendre en ce sens que l'interdiction doit être strictement limitée aux opérations dénommées dans la formule et que, par exemple, visant la cession de bail, elle ne saurait être étendue à la simple sous-location,

1. Colmar, 12 avril 1864, D. P. 1865.2.32.

2. Planiol, note D. P. 1892.2.522.

surtout partielle. Cette explication a, sur la précédente l'avantage de comprimer, au lieu de renforcer complaisamment, une clause dérogatoire au droit commun du louage, comme au droit commun des obligations en général ». M. Josserand ajoute à ce premier argument que « même si l'article 1717, § 3 du Code civil avait bien pour objectif d'imprimer au refus du bailleur un caractère insurmontable, la question resterait entière de savoir s'il vise toutes les clauses dérogatoires ou bien seulement les clauses prohibitives, et la lettre de ce texte est plutôt favorable à cette dernière interprétation. »

La théorie de la doctrine qui consiste à appliquer les clauses restrictives d'une façon absolue et rigoureuse en se fondant sur l'intention présumée des parties, et sur une interprétation plus au moins inexacte du texte de l'article 1717 § 3, est donc très fragile et risque d'aboutir à des résultats parfois scandaleux.

Jurisprudence. — Elle a fait ce que la doctrine n'a jamais voulu faire. Elle a compris que par suite des perturbations économiques, l'équilibre entre l'intérêt du preneur et celui du bailleur, équilibre voulu incontestablement par le législateur, peut parfois se rompre au profit d'une des deux parties en cause, et plus souvent au profit du bailleur. La jurisprudence a eu le grand mérite d'être de son temps et de procéder à la lumière des grands faits sociaux et des nécessités économiques à une évolution constante soit dans un sens soit dans l'autre.

Evolution de la jurisprudence. — Il est assez curieux d'observer que la jurisprudence a connu tout d'abord jusqu'au début de ce siècle une double évolution en sens inverse, et que finalement elle aboutit à la même solution

qu'à son point de départ. On peut diviser en trois périodes l'évolution de la jurisprudence.

Première période du Code civil à 1880 environ. — Les tribunaux de première instance et les cours d'appel ont adopté presque unanimement pendant cette première période l'interprétation libérale et relative, phénomène assez curieux, étant donné la règle toute récente à cette époque posée par l'article 1717 du Code civil qui prescrit l'interprétation « de rigueur » des clauses d'interdiction. On peut expliquer cette bizarrerie par ce fait que les tribunaux se trouvaient encore sous l'influence de la jurisprudence de nos anciens parlements, jurisprudence toute d'équité constituée *ex aequo bono* (V. pour la clause de consentement : Paris, 16 fév. 1822, jur. gén. V^o Louage n^o 456 ; Colmar, 12 avril 1864, D.P. 65.2.32 ; Grenoble, 7 Août, 1866, jur. gén. supplément V^o Louage n^o 267 ; et pour la clause d'agrément Paris, 6 Août 1847, D.P. 47.2.174 ; Rouen 24 Juin 1881, D. 1883.2.71)¹.

Deuxième période. 1880 à 1914. — Une réaction s'est dessinée assez brusquement vers 1880. Elle a abouti très rapidement à la consécration de la thèse absolutiste. Pendant toute cette période, les tribunaux se sont montrés

1. Pothier a illustré par un exemple la thèse toute empreinte de « charité » envers le prochain qui a certainement inspiré pendant longtemps les tribunaux. Il suppose qu'un locataire d'immeuble urbain se trouve dans l'obligation de quitter sa maison et n'hésite pas à introduire dans les lieux un sous-locataire malgré la clause du bail subordonnant toute sous-location au consentement écrit du bailleur. Pothier estime que le bailleur n'est pas fondé à s'opposer à l'entrée du sous-locataire, si celui-ci est « aequo idoneum », c'est-à-dire qu'il soit indifférent au « seigneur d'hôtel », que ce soit lui ou le preneur qui occupe la maison. Et Pothier constate « qu'ainsi le veut le droit naturel qui nous oblige à consentir à toutes choses, qui, sans nous causer aucun préjudice, peuvent faire plaisir au prochain ». Tel était d'ailleurs l'usage du châtelet de Paris comme du châtelet d'Orléans (Pothier, édit. Bugnet, t. 4, *Traité du louage*, n^o 283).

durs pour les locataires. La plupart des arrêts refusent en effet de faire intervenir dans les contestations, l'appréciation de la justice, et déclarent que la volonté des parties qui conformément aux dispositions de l'article 1134 fait leur loi, doit passer en première ligne. Ils ne discutent pas les mobiles de refus du bailleur (V. en matière de location bourgeoise Paris, 6 Janvier 1880 ; en matière de location commerciale Lyon, 24 Nov. 1889, *Mon. judic.* 15 fév. 1900 ; Douai, 7 déc. 1881, D.P. 1884 5.320 ; Nancy, 11 Juin 1887. S.1887.2.213)¹.

M. Planiol a fait remarquer d'ailleurs² que les décisions de la jurisprudence étaient conformes à l'évolution des idées de l'époque en matière de location. Il observait en effet que le propriétaire choisissait de plus en plus son locataire « en considération de ses façons d'agir, de son genre d'occupations, de sa qualité sociale... ». Et il rattachait à cette préoccupation la fréquence accrue des interdictions conventionnelles de sous-louer ou de céder le bail.

Il faut signaler toutefois que certains tribunaux ont émis des règles différentes pour les clauses dites d'agrément estimant que la théorie absolutiste, applicable aux seules clauses de consentement devait être écartée dans ce cas.

C'est ainsi qu'un certain nombre de cours avaient jugé que la clause d'agrément leur permettait de contraindre le bailleur à accepter un locataire lorsque celui-ci présentait toutes les conditions désirables de solvabilité et de convenance : notamment que l'exercice de la faculté

1. Voir aussi : Trib. Bordeaux, 26 fév. 1896, *Jour. arr. Bordeaux* 1896.2.65 ; Trib. Seine, 13 nov. 1900, *la Loi* 7 janv. 1901 ; Paris 25 janv. 1903, *Gaz. Trib.*, 21 août 1903 ; Trib. Boulogne-sur-Mer, 5 mars 1903. *Gaz. Trib.* 24 août 1903 ; Huc, t. 10, n° 265.

2. Note D. P. 1892.2.522.

réservée au propriétaire ne pouvait dépendre « de son pur caprice », et que le bailleur doit, pour refuser l'agrément « s'appuyer sur des motifs sérieux et légitimes (Colmar, 12 Avril 1864, D.P. 1865.2.32)¹.

Mais les décisions de ce genre sont exceptionnelles et la plupart des tribunaux ont au contraire admis que la clause d'agrément devait être interprétée comme équivalent à une interdiction absolue et comme donnant par conséquent au bailleur le droit d'opposer un refus sans avoir à le justifier (Douai, 7 Déc. 1881, précité ; Nancy, 11 Juin 1887 précité).

Troisième période. — Depuis la dernière guerre, les tribunaux, impressionnés par les perturbations économiques qu'elle a provoquées se sont peu à peu ralliés à la thèse de la relativité.

La nécessité pour toute personne humaine de trouver un toit et l'importance de plus en plus grande que le bail peut avoir pour un fonds de commerce, se sont imposées aux juges par la force des choses, tant il est vrai que la jurisprudence est presque toujours le reflet sous forme de réaction des grands problèmes sociaux d'une époque.

Comme l'a justement fait remarquer M. Josserand², la mentalité du propriétaire s'est profondément modifiée, et les remarques que M. Planiol faisait en 1892 (D.P. 92. 2.528, col. 1) ne sont plus exactes aujourd'hui : « Qu'il le veuille ou non le propriétaire foncier tend de plus en plus

1. V. également Rouen 25 janv. 1881, D. P. 1883.2.71. Toutefois, en ce qui concerne cette dernière espèce, les circonstances spéciales de la cause, — il s'agissait de la cession d'un fonds de commerce, qui ne pouvait se faire sans cession du bail, — semblent avoir déterminé, pour partie, les juges à statuer dans ce sens, sans cependant qu'ils aient fait appel à la notion d'abus de droit.

2. Josserand, *op. cit.*

au fonctionnaire social que Stuart Mill découvrait en lui ; de là la législation récente sur les loyers, si exorbitante du droit commun, et de là la tendance qui apparaît et qui s'affirme chez les cours d'appel, à interpréter plus humainement, plus socialement les clauses simplement restrictives de la faculté de sous-louer ou de céder les baux, surtout lorsqu'elles concernent des locaux affectés à une exploitation commerciale ou industrielle. »

La jurisprudence nouvelle qui s'est tout d'abord manifestée en matière commerciale, a profité par contre-coup aux fermiers et aux locataires à usage d'habitation bourgeoise.

On peut résumer la théorie de la jurisprudence en disant que les propriétaires, détenteurs d'une fourniture indispensable à l'existence, ne peuvent plus en disposer, comme jadis, au gré de leur libre fantaisie. Il en résulte que le droit de refus du bailleur ne doit pas dépendre « d'un pur caprice » mais de raisons « sérieuses et légitimes » dont l'appréciation appartient à la justice¹. C'est bien la théorie de la relativité du droit du bailleur, que la jurisprudence, rompant avec un passé immédiat, pour rejoindre un passé plus lointain, consacre à nouveau.

La théorie de la relativité dit M. Josserand en 1923 « a donc cette rare fortune de pouvoir se réclamer et du passé et du présent ; les traditions historiques comme les nécessités économiques et sociales actuelles orientent l'interprète vers une compréhension libérale et humaine des clauses restrictives » (Paris, 29 Janvier 1921. *Gaz. Pal.* 1921.1.402, conclusions de M. l'avocat général Dreyfus ; Trib. civ. Havre, 1^{er} juillet 1922. Rennes 5 déc. 1922 ;

1. Lyon, 4 fév. 1926, S. 1926.1.113.

Nancy, 12 Janv. 1923, D. 1923.2.169, note Josserand ; Rennes, 6 déc. 1923, *Gaz. Pal.* 1923.1.663 ; Lyon, 5 Juin 1924 *Gaz. Pal.* 1924.2.171 ; Besançon, 18 Mars 1925, *Gaz. Pal.* 1925.2.241 ; Nancy, 3 Mars 1926, *Gaz. Pal.* 1926.2.91 ; Rennes, 4 avril 1927 et Paris, 16 Mai 1927. *Gaz. Pal.*, 1927.2.140).

Il n'est pas impossible enfin que les tribunaux abandonnent de nouveau un jour la théorie de la relativité pour revenir à la théorie absolutiste qu'ils préconisaient à la fin du siècle précédent. Il suffirait en effet seulement d'un renversement des facteurs économiques pour qu'il en soit ainsi, et étant donné la crise actuelle, il est certain que les tribunaux vont avoir une tendance à se montrer moins sévères à l'encontre des propriétaires qu'au cours de ces dernières années.

Fondement juridique de la thèse de la relativité L'abus de droit.

1° *L'interprétation de la volonté des parties.* — Il est de toute évidence que la thèse a tout d'abord son fondement dans l'interprétation de la volonté des parties. Conformément à l'article 1156 les tribunaux doivent en effet rechercher quelle a été la véritable intention du preneur et du bailleur. Dans ce but ils ne devront pas se laisser impressionner par les expressions plus ou moins claires du bail, mais se référer plutôt à l'esprit qui a présidé à leur rédaction¹.

Le tribunal a tout pouvoir lorsque le refus du bailleur est injustifié par interprétation « de la commune volonté

1. Dijon, 15 juin 1925, *Gaz. Pal.* 1925.2.571 ; Montpellier, 25 janv. 1925, *Gaz. Trib.* 22 juil. 1925.

des parties » de décider que son jugement tiendra lieu de consentement si le cessionnaire du droit au bail du fonds paraît présenter les mêmes garanties de moralité et de solvabilité que le preneur (Trib. civ. Nice 23 Mars 1925, *Gaz. trib.* 9-10 Nov. 1925).

Plusieurs arrêts signalent très justement qu'il n'est pas possible que l'intention des parties ait été des'en remettre « au bon plaisir du propriétaire » (Caen, 16 Mars 1923. *Rec. Caen*, 1924, 209 ; Caen, 21 déc. 1923, *Rec. Caen* 1929.49 ; Besançon 18 Mars 1925, *Gaz. Pal.* 1925. 2.241).

Puisque la clause d'interdiction relative ne peut être considérée comme l'équivalent de la clause de rigueur inéluctable de l'article 1717 du Code civil, on peut en déduire que le bailleur n'a pu entendre se réserver que le droit de refuser un cessionnaire ne présentant pas de garanties suffisantes (Caen, 21 déc. précité).

Le premier élément d'interprétation est naturellement la rédaction plus ou moins rigoureuse de la clause litigieuse elle-même (Trib. civ. Marseille, 15 Janv. 1925 ; V. aussi, pour rédaction particulièrement libérale Nancy, 12 Janv. 1923, et pour rédaction spécialement rigoureuse : Caen, 23 Mars 1926)¹.

En outre, le sens des clauses douteuses s'éclaire à l'aide de tous les éléments extrinsèques. Le principal est la nature du bail. Dans un bail commercial, le droit du preneur constitue un élément de son fonds de commerce, et il est encore moins vraisemblable qu'ailleurs de supposer qu'il ait entendu s'en remettre pieds et poings liés à l'arbitraire du bailleur pour la négociation de ce droit, et par suite,

1. Savatier, D. H., 1928, *chron.* p. 29.

pour la disponibilité de son fonds de commerce (Paris, 29 Janv. 1921 ; Rennes, 6 déc. 1922 ; civ. 19 Nov. 1924 ; Lyon, 11 fév. 1926 ; Douai, 5 Avril 1927 ; Rennes, 19 Juil. 1927 ; *Répertoire du notariat*, 15 fév. 1928, art. 21593). A l'inverse pour un bail rural, les qualités personnelles du fermier importent plus au propriétaire que dans un bail à loyer ; on supposera donc très complète la faculté qu'il s'est réservée de s'opposer à une cession de bail ou sous-location. (Amiens 29 Mars 1926 ; comp. cependant Trib. civ. du Havre, 14 Juil. 1922).

Les tribunaux ont encore d'autres éléments d'interprétation tels que la durée du bail. Jugé que ne constitue pas une clause prohibitive, la dite clause insérée dans un bail de 25 ans consenti pour l'exploitation d'un cinéma ; les bailleurs d'une part, n'ayant pu sérieusement penser que cet établissement resterait pendant 25 ans aux mains du preneur et, d'autre part tout fonds de commerce tel qu'un cinéma étant essentiellement cessible et négociable, il est inadmissible que le preneur, en passant ledit bail, ait entendu s'interdire le droit de céder avec son fonds de commerce, le droit au bail, sans lequel le fonds ne pouvait être exploité (Besançon, 18 Mars 1925 précité). Le bailleur doit prévoir l'éventualité d'une cession ou d'une sous-location pour les immeubles affectés à l'usage commercial (Amiens, 29 Mars 1926 précité).

2° *L'équité* ne doit pas non plus être indifférente aux tribunaux. Ils y insistent d'ailleurs souvent. Le tribunal de Nice (23 Mars 1925 précité) a décidé notamment que toute autre interprétation des clauses restrictives, lorsqu'il s'agit d'une location faite à un commerçant pour l'exploitation de son commerce, équivaldrait le plus souvent pour ce commerçant « à la privation du gain qu'il peut légitimement

espérer de l'augmentation de la valeur de son fonds » (Caen, 26 Janv. 1921, Rec. Havre, 1922.2.23).

Un autre élément dont les tribunaux tiennent souvent compte, est la bonne foi qui doit présider à l'exécution des conventions (art. 1134 du Code civil). Il faudra donc interpréter la clause restrictive « en équité », c'est-à-dire en tenant compte de la bonne foi des parties, le preneur s'étant réservé la faculté de sous-louer ou de céder, surtout s'il a de justes motifs tels qu'une maladie (Nancy, 12 Janv. 1923 ; Montpellier, 21 Janv. 1925), une mort (Rennes, 7 déc. 1922), un déplacement obligatoire (civ. 19 Nov. 1924), mais non, au contraire, si la sous-location ou la cession poursuit un but de spéculation (Trib. civ. Lyon, 23 déc. 1925) ; et d'autre part le bailleur s'étant surtout réservé un refus possible, s'il a lui-même de justes raisons en ce sens, qui peuvent être, entre autres l'insolvabilité ou le défaut d'honorabilité du preneur nouveau (Nancy, 12 Janv. 1923 ; Montpellier, 21 Janv. 1925 ; Douai, 5 Avril 1927) son caractère difficile ou négligent (Douai, 5 avril 1927), sa profession différente de celle du cédant (Lyon, 11 fév. 1926), ou même croyons-nous, le désir d'une augmentation modérée du prix du bail, si les circonstances la justifient (Trib. civ. Lyon, 23 déc. 1925 ; comp. cependant Nancy, 3 Mars 1926, motifs).

On a cherché d'ailleurs à fonder la jurisprudence nouvelle uniquement sur la notion d'interprétation de la volonté probable des parties¹. Mais cette explication n'est pas toujours défendable, et lorsque notamment le bailleur s'est réservé dans le bail un droit arbitraire et absolu de refus,

1. Savatier, D. H., chron. p. 29 ; Douai, 5 avril 1927.

le prétendu fondement de la jurisprudence perd toute valeur¹.

Quant à la notion d'équité que certains auteurs ont choisi pour base de la théorie de la relativité, nous pensons que ce n'est rien autre chose que l'application de la théorie de « l'abus des droits » dont nous parlerons maintenant.

3° *L'abus des droits*. — C'est le véritable fondement de la thèse de la relativité.

Cette notion de l'abus des droits est d'ailleurs acceptée aujourd'hui presque universellement et la plupart des traités classiques de droit civil lui réservent une place honorable². Le mot abus du droit figure dans beaucoup de jugements ou arrêts d'appel (Trib. civ. Lille, 28 Juill. 1924 ; Montpellier, 21 Janv. 1925 ; Trib. civ. Lyon, 23 déc. 1925 ; Nancy, 3 Mars 1926 ; Caen, 23 Mars 1926 ; Trib. civ. Rhône, 14 oct. 1926 ; Douai, 5 Avril 1927 ; Rennes, 19 Juill. 1927).

Le bailleur dit M. Jossierand³ « pressenti, par le preneur qui désire se substituer une tierce personne, doit opter entre les deux partis que lui ouvre le contrat. Quelle que soit la décision à laquelle il s'arrête, il la prend en exerçant un droit précis, déterminé, contractuel. Ce droit comme presque tous les droits comporte des limites subjectives, comme la propriété, comme le recours aux voies légales, comme le droit de réponse (Paris, 24 Nov. 1922. D.P. 1922.2.129) ; il est susceptible d'abus de nature à engager éventuellement la responsabilité de son titulaire ; il doit être exercé socialement, conformément à sa finalité. Le

1. *Traité prat. de droit civ. franç.*, Planiol et Ripert, 1932, t. X, n° 555 et 556.

2. Planiol et Ripert, *op. cit.* ; Colin et Capitant, II, p. 382 ; Baudry-Lacantinerie et Wahl : oblig., 3^e éd., III, n° 2855.

3. Jossierand, *op. cit.*

refus du bailleur doit s'appuyer sur des « motifs sérieux et légitimes » (Colmar, 12 Avril 1864 ; Rouen, 24 Janvier 1881), sur des raisons « sérieuses et légitimes » (Montpellier, 19 déc. 1921), sur des « griefs légitimes » (Nancy, 12 Janv. 1923), sinon sa réalisation injuste et dommageable entraînera des sanctions basées sur l'article 1382 du Code civil¹. »

La jurisprudence a paru d'abord vouloir restreindre cette règle libérale aux baux de locaux à usage commercial, pour lesquels le droit au bail constitue un élément important du patrimoine du preneur (Cass. 18 fév. 1924, S. 1925.1.262 ; Caen, 16 Mars 1923 et 21 déc. 1923 précité ; Montpellier, 21 Janv. 1925, *Gaz. Trib.* 22 Juill. 1925 ; Angers, 20 déc. 1928 et Trib. civ. Angers, 9 Juillet 1929, *Gaz. Pal.* 1929.2.424).

! Mais très vite la règle s'est étendue à toutes les catégories de baux sans distinction.

Que faut-il entendre par motifs sérieux et légitimes. — C'est là une question à laquelle il est très difficile de répondre d'une façon catégorique. Les tribunaux l'ont résolue, et la résoudront différemment suivant l'évolution des idées et les nécessités du moment. La notion d'abus des droits, dit M. Jossérand² « est élastique et évolutive, non point rigide et cristallisée autour d'un point fixe, et c'est là un de ses mérites essentiels. Le motif légitime est susceptible de se transformer opportunément, d'évoluer avec le milieu social et le revirement qui s'est produit récemment dans la jurisprudence des cours d'appel au sujet des clauses

1. V. le jugement infirmé du Trib. civ. de Lyon du 2 mai 1849, et pour la doctrine moderne, la chronique de jurisprudence de M. Demogue (*Rev. trimest. de dr. civ.* 1923, p. 165).

2. Jossérand, « De l'abus de droits », notamment p. 58.

simplement restrictives est un des témoignages les plus éclatants de cette heureuse aptitude que possèdent les droits à se causer conformément aux nécessités économiques et sociales de chaque époque ».

Bien que la notion du mobile légitime soit extrêmement flexible, il est possible néanmoins d'établir certaines règles.

I. Tout d'abord nous croyons qu'il existe un domaine sur lequel elle ne pénétrera jamais, c'est celui du dol : « En aucun cas, la malveillance ne saurait légitimer l'exercice dommageable d'un droit ». Le dol dit M. Josserand ne peut pas être du ressort de l'activité juridique : « Il demeure une source constante, inéluctable de responsabilité ; et l'on sait que la faute lourde lui est traditionnellement assimilée ». Si donc le bailleur en refusant l'autorisation qui lui était demandée a commis un dol ou une faute lourde, sa responsabilité sera invariablement engagée.

II. On peut affirmer d'autre part que sa responsabilité sera également engagée, s'il a voulu monayer son consentement. C'est même là croyons-nous que l'abus du droit se manifeste le plus clairement.

III. Le mobile légitime existe au contraire si la personne proposée par le preneur ne présente pas « les garanties qu'on est en droit d'attendre d'un sous-locataire (Douai, 5 Avril 1927, Rec. Douai, 1927.147). Il peut résulter notamment, de l'insolvabilité ou de l'insuffisance d'honorabilité ou de moralité du sous-locataire ou du cessionnaire présenté au bailleur (Montpellier, 21 Janv. 1925 et Lyon, 18 Mars 1925, *Gaz. Pal.* 1925.2.241 ; Paris, 16 Mai 1927 et Rennes, 14 fév. 1927, *Gaz. Pal.* 1927.2.140).

Nous croyons même que dans certains cas le bailleur pourrait invoquer, comme motifs légitimes de refus contre

un candidat honorable et solvable, des griefs personnels contre celui-ci tenant à leurs relations antérieures (Esmein, « Les clauses des baux à loyers », *Sem. jur.* 1927 p. 1109). De même le bailleur est fondé à refuser son agrément à la cession du bail, si cette cession, reconnaissant au cessionnaire la faculté de déclarer command, le laisse dans l'incertitude touchant le véritable acquéreur et lui donne « de légitimes motifs de ne voir dans le cessionnaire dénommé, qu'un cessionnaire apparent ou une personne achetant pour revendre, poursuivant uniquement un but de spéculation » (Aix, 11 Juin, 1930, *Gaz. Pal.* 12-13 Nov. 1930).

IV. Il y a encore motif légitime de refus, lorsque la sous-location est faite en vue d'exercer, dans les lieux, un commerce différent de celui qui est seul autorisé par le bail (Trib. civ. Havre, 23 fév. 1929, *Gaz. trib.*, 3 Sept. 1929; Rec. Rouen, Caen, 1929.1.81; Trib. civ. Poitiers, 1^{er} déc. 1931, *Gaz. Pal.* 4 fév. 1932). Le tribunal de Poitiers a reconnu dans cette décision qu'il ne lui appartenait pas de transgresser la clause du bail en autorisant la sous-location.

Une solution analogue doit être donnée lorsque du changement de locataire doit résulter un changement dans la destination des lieux loués, et cela d'autant plus si le cessionnaire a acquis du cédant, non les éléments incorporels d'un fonds de commerce tel que principalement la clientèle, mais simplement le droit à la période du bail prorogé qui reste à courir (Trib. civ. Lyon, 17 Juin 1925; *Gaz. Pal.* 1925.2.456).

De l'exposé de ces différents cas d'espèce, il résulte que la notion de motif légitime est relativement assez élastique. C'est ce qui explique d'ailleurs que les tribunaux se soient reconnus presque toujours un pouvoir souverain

d'interprétation. Il leur incombe non seulement d'interpréter les conventions, mais encore et surtout de décider si oui ou non le bailleur a un motif avouable de s'opposer à l'entrée en jouissance du cessionnaire (Cass. civ. 19 Nov. 1924 D.P. 1926.1.138, *Gaz. Pal.* 1925.1.45 ; Douai, 5 Avril, 1927, Rec. Douai 1927. 147 ; Rennes, 17 déc. 1928, Rec. Rennes, 1929.15).

Le locataire doit-il justifier d'un motif légitime pour pouvoir sous-louer ?

En supposant que le bailleur n'ait aucune raison légitime d'exclure le tiers proposé, faut-il pour que les tribunaux puissent passer outre à son refus, que le locataire ait de son côté un motif légitime de sous-louer ou de céder ?

Il nous apparaît qu'une distinction s'impose suivant qu'il s'agit de location bourgeoise ou au contraire de location à usage de commerce.

a) *Bail à usage d'habitation.* — Dans ce cas l'existence d'un motif légitime chez le locataire paraît nécessaire. Si ce motif est réel, la question ne fait pas de difficulté. Ainsi le locataire veut quitter son habitation parce qu'elle est devenue trop petite à la suite de la naissance de ses enfants, ou parce que ses fonctions ou ses affaires, ou des raisons de santé l'appellent ailleurs (Paris, 16 Mai 1927, *Semaine juridique* 1927, 695). Le locataire peut encore à juste titre faire valoir que son habitation est au contraire trop grande eu égard à ses besoins, ou trop coûteuse pour ses moyens ;

Dans tous ces cas les tribunaux admettent sans discussion, la sous-location ou la cession, tout en ayant soin de relever le motif qu'a le preneur de se substituer un tiers (Trib. civ. Seine 15 Nov. 1923, *Gaz. Pal.* 1924.1.154 ; Nancy 12 Janvier 1923, *Gaz. Pal.* 1923.1.348 ; Cass. 10 Nov. 1924,

Gaz. Pal. 1925.1.45 ; Montpellier, 21 Janv. 1925, *Gaz. Pal.* 1925.2.241).

C'est d'ailleurs l'application du grand précepte « d'amour du prochain » signalé par Pothier¹, et qui oblige : « A consentir à toutes les choses, qui, sans nous causer aucun préjudice, peuvent faire plaisir au prochain. »

Mais en l'absence d'un motif légitime chez le preneur, nous ne pensons pas que les tribunaux puissent passer outre au refus du bailleur. C'est le cas notamment d'un locataire qui veut quitter son logement simplement parce qu'il a cessé de lui plaire. Le devoir de « charité » ne s'impose vraiment pas alors au propriétaire qui peut valablement maintenir son refus. Toutefois si le locataire offre une indemnité de nature à dédommager le bailleur et à le couvrir des ennuis d'ailleurs purement éventuels de la part du sous-locataire, l'opposition obstinée du bailleur ne se justifie plus d'une façon aussi nette, et les tribunaux peuvent intervenir en vertu du grand principe d'équité qui leur sert de guide dans les circonstances délicates.

b) *Bail à usage commercial.* — L'existence d'un motif légitime de sous-louer ou de céder, ne saurait être exigée chez le locataire avec la même intensité lorsqu'il s'agit de location commerciale. Nous avons déjà dit toute l'importance du droit au bail pour le commerçant désireux de céder son fonds de commerce. Etant donné l'exigence dans les grandes villes de la clientèle, le lieu d'exploitation de certains fonds de commerce a une importance toute particulière. Il importe donc que le locataire qui cède son fonds de commerce, puisse en même temps céder son droit au bail.

Les propriétaires de locaux affectés au commerce

1. *Contrat de louage*, n° 283, éd. Bugnet, t. IV, p. 99.

n'ignorent rien de toutes ces considérations ; aussi peut-on dire qu'en consentant à des commerçants, un bail, ils ont accepté implicitement la cession ou la sous-location à un preneur sortable. M. Esmein estime¹ qu'outre cette interprétation de l'intention des parties, il serait contraire à la bonne foi qui doit, suivant la tradition romaine, présider à l'exécution des conventions (art. 1134, alin. 3), de prétendre imposer au preneur une perte grave, ou la nécessité de rester rivé à la tâche ; et ceci simplement pour éviter l'ennui de changer d'occupant.

Toutes ces considérations ont guidé les tribunaux qui décident d'abord évidemment que le refus du bailleur est injustifié lorsque le locataire a un motif particulier de céder son commerce, comme par exemple la maladie ou le décès².

Mais les tribunaux admettent encore que le locataire peut valablement sous-louer ou céder son droit au bail simplement parce qu'il a décidé de céder son exploitation, et ils décident généralement dans ce cas que le bailleur ne peut sans motif s'opposer à l'opération effectuée par le locataire (Rennes, 4 Avril 1927, *Gaz. Pal.* 1^{er} Juin 1927 ; Besançon, 18 Mars, 1925, *Gaz. Pal.* 1925.2.241 ; Lyon, 5 Juin 1924, *Gaz. Pal.* 1924.1.171 ; Cass. civ. 18 février 1924, S. 1925.1.262). M. P. Esmein³ qui a examiné avec soin les arrêts qui ont décidé qu'il ne pouvait être passé outre au refus du propriétaire, a constaté que dans la presque totalité des espèces, il apparaît nettement que le preneur s'était fait justice à lui-même, ou que le refus était justifié. Dans ceux qui, sans analyser les faits prennent

1. *Sem. jur.* 1927, p. 1110.

2. Cass. civ. 10 nov. 1924, *Gaz. pal.*, 1925.1.45 ; Montpellier, 21 janv. 1925, *Gaz. pal.*, 1925.2.241 et note ; Trib. Seine, 15 nov. 1923, *Gaz. pal.*, 1924.1.154 ; Nancy, 12 janv. 1923, *Gaz. pal.*, 1923.1.348.

3. P. Esmein, *op. cit.*

une position de principe déclarant que la clause s'impose au preneur et qu'il ne peut être passé outre au refus, on peut supposer, étant donné la propension habituelle de nos tribunaux de juger en équité, qu'il en était de même.

Disons enfin pour terminer qu'il appartient dans tous les cas aux tribunaux de contrôler l'attitude et la conduite du locataire qui veut céder ou sous-louer son bail. Et s'il leur apparaît que cette attitude et cette conduite sont de nature à rendre illégitime sa prétention, ils doivent refuser de considérer comme abusive l'opposition du bailleur. C'est ce qu'a décidé le tribunal de Nantes¹ pour un locataire qui deux mois après avoir passé un bail de douze années pour installer une épicerie, avait cédé son bail et son fonds avec un bénéfice de 10.000 francs, tirant ainsi un profit spéculatif du bail qui lui avait été concédé.

Si la vente ou la revente avec bénéfice n'est pas en principe une spéculation condamnable, encore faut-il qu'elle soit faite dans un but légitime. Or dans l'espèce sus indiquée il est apparu au tribunal qu'il n'en était pas ainsi, la location ayant été faite dans l'intention de céder à bref délai. C'était bien dès lors une spéculation critiquable, constituant « une des causes du malaise économique actuel » (Voir aussi : Aix, 11 Juin 1930, *Gaz. Pal.* 12.13 Nov. 1930).

Obligation pour le preneur de saisir les tribunaux. — Le preneur ne peut se faire justice à lui-même. Si le bailleur sollicité par lui refuse son consentement ou son agrément sans donner de motifs légitimes, il lui incombe de l'attirer en justice pour faire juger qu'il y a de sa part abus de droit (Lyon, 11 fév. 1926, S. 1926.2.13 ; Caen,

1. Nantes 28 nov. 1924, *Gaz. pal.* 1925.1.205.

23 Mars 1926, et Cass. 11 fév. 1929. Mon. juge paix, 1930, p. 15 ; Paris, 3 Mars 1931, *Gaz. Pal.* 7 Mai 1931). Ces décisions affirment toutes que le preneur ne peut pas mettre le propriétaire « en présence du fait accompli ».

Mais cette solution est parfois bien rigoureuse pour le preneur qui risque de voir lui échapper toutes les occasions intéressantes de sous-louer ou de céder le bail. S'il lui faut attendre que les tribunaux se soient prononcés, il n'est pas douteux que les amateurs éventuels ne donneront pas suite à l'opération projetée. Dès lors c'est obliger le preneur à rester dans les lieux malgré lui, et malgré toutes les raisons légitimes, tels que la maladie ou la mort, qu'il peut valablement invoquer pour se retirer. C'est pourquoi certains juges ont admis la faculté pour le preneur de céder le bail ou de sous-louer après constatation du refus du bailleur, au cas où le refus est donné « sans aucun motif, sans aucune explication, sans émettre une critique ou un doute quelconque sur l'honorabilité, la moralité ou la solvabilité du cessionnaire » (Angers, 20 déc. 1928, *Gaz. Pal.* 1929.2.423 ; Paris, 10 Mai 1928, *Gaz. trib.* 15 Nov. 1928).

Dans ce cas, on ne saurait faire grief au preneur d'avoir passé outre à ce refus, dit l'arrêt précité de la cour d'Angers ; « ... que la seule obligation à laquelle il était soumis était de solliciter le consentement de son bailleur avant de procéder à la cession, mais non de renoncer à toute cession jusqu'à ce que les tribunaux aient déclaré la résistance du bailleur abusive. » L'arrêt ajoute d'ailleurs « qu'il s'agit pour le preneur non pas de se faire justice à lui-même mais bien d'interpréter les droits qu'un contrat lui donne sur un bien en possession duquel ce contrat l'a mis. »

Une autre hypothèse assimilable à celle visée par la cour d'Angers, peut également se présenter. C'est lorsque le

bailleur sollicité par le preneur qui l'informe de la vente de son fonds de commerce, n'a pas répondu à cette demande ni aux sommations qui l'ont suivie. La cour de Paris (10 Mai 1928 précité) a estimé à juste titre que dans ce cas le preneur pouvait passer outre ; le silence du bailleur s'il ne constitue pas une autorisation tacite, doit être considéré comme un refus systématique et injustifié.

Charge de la preuve. — La mauvaise foi du bailleur ne pouvant se présumer, c'est au preneur qu'il incombe d'établir que le refus du bailleur de donner son consentement ou son agrément est opposé sans motif légitime.

Si le preneur ne réussit pas à faire cette preuve, il succombe (Trib. civ., Lyon, 17 juin 1925, *Gaz. Pal.* 1925.2.456 ; Nancy, 3 mars 1926, *Gaz. Pal.* 1926.2.91). Et au cas où le sous-locataire s'est déjà établi dans les lieux, il doit être expulsé (Nancy, 20 mai 1927, *Gaz. Pal.* 27.2.615).

Toutefois, lorsqu'il s'agit de locaux à usage de commerce, le juge ne doit pas, croyons-nous, se montrer aussi rigoureux, car, dans ce cas, le bailleur n'a pu ignorer que le droit au bail constituait un élément important du fonds de commerce et a dû prévoir l'éventualité d'une sous-location ou d'une cession (Amiens, 29 mars 1926, *Gaz. Pal.* 1926.2.94).

Sanctions du refus injustifié du bailleur. — Evidemment s'il est reconnu que le bailleur n'avait aucun motif légitime à s'opposer à l'opération réalisée par le preneur, son refus sera déclaré injustifié et le sous-locataire ou le cessionnaire pourra se maintenir sans crainte dans les lieux. S'il n'y était pas encore entré des mesures seraient valablement ordonnées à ce sujet. Il est en effet constamment admis en doctrine et en jurisprudence, que l'abus d'un droit

comporte autant que possible, la sanction en nature (Josserand, *De l'abus des Droits*, p. 64 et suiv.).

Mais très souvent, le refus obstiné et « sans droit » du bailleur aura causé au preneur un préjudice certain dont il lui est dû réparation. C'est pourquoi de nombreux tribunaux lui ont accordé des dommages-intérêts (Lyon, 23 déc. 1925, D.H. 1926.78; Rennes, 14 fév. 1927, *Gaz. Pal.* 1927.2.140; Paris, 3 mars 1931, *Gaz. Pal.* 7 mai 1931).

Ila même été jugé : « Qu'est tenu de la moitié des dépens le propriétaire qui refuse son consentement sans fournir à son locataire, immédiatement, les raisons valables qu'il a de se placer dans cette attitude de refus et qui invoque seulement ce motif (commerce différent de celui prévu au bail) devant le tribunal, où, par son attitude, il a obligé le preneur de l'attirer ». (Trib. civ. Poitiers, 1^{er} décembre 1931; *Rép.*, Commaille, 1932.4.10.290).

Tribunal compétent. — Les tribunaux civils sont compétents pour juger de toutes les contestations relatives au contrat de bail, même s'il s'agit de baux commerciaux. La loi du 30 juin 1926 a d'ailleurs confirmé cette compétence générale pour les questions de renouvellement des baux commerciaux.

Position de la Cour de cassation. — La Cour de cassation ne s'est pas prononcé sur la valeur de la théorie de l'abus de droit. Elle n'a donc pas pris position dans la question de savoir si le droit du propriétaire était absolu ou relatif. Elle estime, à bon droit, semble-t-il que la question n'est point de son ressort. N'est-ce pas, en effet, une question d'interprétation des contrats, donc une question de fait et non de droit?

Doit-on s'étonner dès lors si la Cour suprême déclare qu'il

appartient aux juges du fond, et non à elle d'interpréter les clauses litigieuses?

C'est ce qui explique qu'elle se refuse à tout contrôle en cette matière, et que les pourvois formés à cette occasion aboutissent à des arrêts de rejet (Req. 7 fév. 1888, D. P. 1888.1.164; Req. 31 oct. 1922. D. P. 1923.1.205; civ. 8 déc. 1930, *Gaz. Pal.* 1931.1.86; Req. 4 nov. 1931, *Gaz. Pal.* 23 déc. 1931).

Il est toutefois intéressant de faire remarquer que la Cour de cassation bien qu'elle n'ait pas voulu prendre position en la matière se trouve tout de même avoir pris à son compte certaines solutions par le seul fait qu'elle rejette les pourvois. Les décisions de la Cour de cassation reflètent donc fatalement les deux thèses inverses que les tribunaux ont tour à tour consacrées.

1. Tantôt elle reconnaît que le juge du fond peut décider eu égard à la commune intention des parties, que la clause litigieuse n'a pas le caractère d'une prohibition absolue et qu'elle n'autorise pas le bailleur à refuser, sans motifs légitimes son consentement à la sous-location ou à la cession (Cass. civ. 8 déc. 1930 précité).

2. Tantôt au contraire que la clause doit être strictement appliquée et que sa non-exécution entraîne la résiliation lorsque le juge du fond a par une application souveraine décidé que par cette clause, le bailleur avait entendu se réserver, sans recours possible, le choix des personnes qu'il lui étaient proposées comme sous-locataires (Cass. req. 4 nov. 1931, D. H. 1931, p. 538; Req. 16 nov. 1927, D. H. 1928.1.61, rapport de M. le conseiller Bricout; Req. 24 déc. 1928, *Gaz. Pal.* 1929.1.450; Req. 21 janvier 1930, D. H. 1930.148, *Gaz. Pal.* 1930.1.535).

Conclusions. — Si la théorie de l'abus des droits n'est pas adoptée par tous les tribunaux, elle est néanmoins suffisamment répandue pour que son application très fréquente ait abouti à des conséquences économiques et sociales très satisfaisantes. A elle revient le mérite d'avoir assuré, pendant les années de perturbation économique d'après guerre, l'équilibre de deux situations s'opposant l'une à l'autre. Elle a fait à chacun des ayant droit sa part légitime, et tout en protégeant le preneur, elle sauvegarde suffisamment les intérêts du bailleur, auxquels elle donne, en principe, le pas sur ceux du preneur, celui-ci ne triomphant de la résistance de son adversaire qu'autant qu'elle serait injustifiée.

Comme l'a dit très justement M. Josseraud¹, la théorie de l'abus « substitue à une dictature prétendument contractuelle, mais, en réalité d'origine unilatérale, l'arbitrage des tribunaux, et, en interprétant dans le sens humain, non dans le sens léonin, une clause litigieuse, elle met le locataire à l'abri des coups de force du propriétaire, tout en sauvegardant pleinement les prérogatives légitimes, les intérêts avouables de celui-ci ».

1. Josserand, *op. cit.*

TITRE III

Effets de la sous-location

CHAPITRE PREMIER

RAPPORTS DU PRENEUR AVEC LE SOUS-LOCATAIRE

La sous-location étant un bail, les rapports entre le preneur et le sous-locataire, sont exactement les mêmes que ceux qui existent entre le bailleur et le preneur. Le preneur devient à son tour, bailleur (sous-bailleur) et le sous-locataire, preneur (sous-prenneur)¹.

La doctrine² et la jurisprudence sont absolument d'accord sur ce point, et il n'y a pas eu de difficultés soulevées devant les tribunaux.

Le sous-bailleur jouit donc vis-à-vis du sous-prenneur de tous les droits accordés par la loi aux bailleurs :

1° Il doit recevoir naturellement le montant du loyer³.

2° Il est en droit, d'autre part, d'exiger du sous-prenneur qu'il jouisse de la chose suivant sa destination⁴.

3° Comme d'exiger qu'il entretienne l'immeuble « en

1. Nancy, 26 juin 1895, S. 97.2.66, D. 96.2.367, recours pour les vices de la chose.

2. Aubry et Rau, t. IV, p. 493 ; Guillouard, t. I, n° 316, 334 ; Laurent, t. XXV, n° 194 ; Huc, *Traité de la cession de créances*, t. I, n° 211 ; Baudry-Lacantinerie et Wahl, t. I, n° 1121 ; Planiol et Ripert, *Traité prat. de dr. civ.* 1932, t. X, n° 557, p. 689.

3. Guillouard, t. I, n° 334 ; Laurent, t. XXV, n° 194 ; Trib. com. Nantes, 16 mai 1891, Rec. Nantes, 1891.1.270.

4. Duvergier, t. XVIII, n° 386 ; Guillouard, *op. cit.*, n° 334 ; Laurent, t. XXV, n° 194 ; Baudry-Lacantinerie et Wahl, t. I, n° 1121.

bon père de famille » et fasse en temps voulu les réparations locatives¹.

4° Il jouit incontestablement du privilège de l'article 2102, 1° Pour le paiement des loyers. De même qu'il peut se prévaloir de l'article 819 du Code de procédure civile pour saisir-gager, pour loyers et fermages, les meubles, effets mobiliers, fruits qui se trouvent dans les maisons ou dans les biens ruraux².

5° Enfin le sous-bailleur peut user vis-à-vis du sous-preneur de l'action en résiliation, mais seulement pour des motifs tirés du droit commun ou du sous-bail, et non pas du bail primitif qui demeure étranger aux conventions intervenues par la suite.

Par contre le sous-bailleur a des obligations comme tout loueur de choses :

1° Il doit assurer au sous-preneur une jouissance paisible et faire à cet effet au cours du bail toutes réparations nécessaires.

2° Il doit en outre garantie au sous-preneur, dans toutes les hypothèses où le bailleur primitif la devrait d'après la loi³.

3° Il est également redevable au sous-preneur, en cas de perte de la moitié de la récolte par cas fortuit, de l'indemnité prévue par l'article 1769, Code civil.

4° Enfin, en cas d'incendie les mêmes règles édictées par la loi au sujet des rapports entre le bailleur et le pre-

1. Duvergier, Guillouard, Laurent, Baudry-Lacantinerie, *op. cit.*

2. Aubry et Rau, t. IV, p. 493 ; Guillouard, Laurent, Baudry-Lacantinerie et Wahl, *op. cit.* ; Rouen, 8 août 1890, Rec. Rouen, 1890, n° 230 ; Trib. civ. Lyon, 21 novembre 1890, *Mon. jud. Lyon*, 26 décembre 1890.

3. Cass. 31 juill. 1878, S. 81.1.77 ; Nancy, 26 juin 1896, S. 97.2.66 ; D. 96.2.367, Lyon, 3 mai 1901, *Mon. jud. Lyon*, 1^{er} août 1901 ; Trib. civ. Marseille, 11 nov. 1904, *Jurispr. Marseille*, 1904, p. 215.

neur doivent régir les rapports entre le sous-bailleur et le sous-preneur¹.

Les rapports entre le sous-bailleur et le sous-preneur ne peuvent d'ailleurs affecter les rapports existant d'autre part entre le bailleur originaire et le preneur lui-même. Les deux baux peuvent parfaitement coexister parce que justement ils sont différents. Il en résulte que le nouveau bail doit demeurer totalement étranger au premier dont il est complètement détaché et indépendant. De cette idée découle ce résultat facile à percevoir, que si dans le sous-bail il y a des points qu'on a omis de traiter, ou des clauses imprécises qui risquent de mettre aux prises le sous-bailleur et le sous-locataire, on ne devra pas, pour trancher la difficulté se reporter au bail principal lequel, encore une fois, n'a rien à voir avec le second, mais bien plutôt se référer aux règles du droit commun, qui régissent les rapports entre bailleurs et locataires².

Les conditions du sous-bail peuvent donc être différentes du bail primitif, quant à l'étendue des lieux loués, quant au montant du loyer, quant aux modalités, etc. Il est évident notamment que le sous-locataire ne saurait être tenu des obligations naissant du bail primitif que si le sous-bailleur les avait mises à sa charge³.

Mais si le bail et le sous-bail sont en principe différents, il n'en est pas moins vrai de dire qu'ils sont sous certains rapports et dans un certain sens solidaires l'un de l'autre.

1. Cass. req., 4 juill. 1896, D. 96.1.331 ; Besançon, 11 mai 1874, D. 83.2.210, note ; Lyon, 26 déc. 1882, D. 83.2.209, note ; Toulouse, 7 fév. 1888, S. 88.2.201, D. 90.2.97 ; Poitiers, 24 janv., 1889, S. 90.2.182, D. 90.2.97.

2. Aubry et Rau, t. IV, p. 493 ; Laurent, t. XXV, n° 194 ; Guillouard, t. I, p. 334 et 316 ; Wahl, note sous Sirey, 1895.4.18 ; Baudry-Lacantinierie et Wahl, t. 1, n° 1121 et suiv.

3. Guillouard, I, n° 334 ; Paris, 10 fév. 1888, D. P., 1889.2.233.

Et cela par ce seul fait qu'ils portent, en partie tout au moins sur le même objet. Il en résulte, tout d'abord, que les pouvoirs du preneur sont limités en cas de sous-location, à ceux qu'il tient de son propre bail. Il ne peut, en effet, accorder au sous-locataire plus de droits qu'il n'en tient lui-même. C'est ainsi que la cour de Nancy l'a condamné un sous-bailleur à verser des dommages-intérêts au sous-locataire parce qu'il avait fait une sous-location pour un temps plus long que le bail principal (Nancy, 5 févr. 1910, *La Loi*, 1^{er} mars 1910). Il est non moins certain, d'autre part, que les droits que le sous-locataire tire du sous-bail, dépendent étroitement de ceux que le preneur tient lui-même du bail primitif. En conséquence, si pour une raison ou une autre les droits du preneur disparaissent, ceux du sous-locataire doivent nécessairement disparaître en même temps, c'est ce qui arrive au cas de résiliation du bail primitif.

Conséquence de la résiliation du bail principal. — La jurisprudence affirme d'une façon unanime que la résolution du bail principal, emporte la résolution des sous-baux, « même si les sous-preneurs ont toujours payé exactement le prix des sous-baux au preneur principal » (Nîmes, 13 nov. 1810, D. R. A. n° 446, note 2, V. louage; Paris, 11 nov. 1812, D. R. A. n° 444, note 1, V. louage; Bordeaux, 25 juill. 1844, S. 45-2-42; Cass. 27 mai 1872, s. 1873-1-454; Pau, 21 mars 1893, s. 1893-2-168; Lyon, 22 mai 1902, s. 1902-2-76), dans cet arrêt il s'agissait d'un droit de chasse, etc.).

La doctrine est sous ce rapport conforme à la jurisprudence¹.

1. Troplong, t. II, p. 544 et s.; Larombière, art. 1183, n° 17; Aubry et Rau, t. IV, p. 498, § 369 et note 15; Duranton, t. XVII, p. 159; Guillouard, t. I, p. 345 et 448; Huc, t. X, n° 285; Baudry-Lacantinerie et Wahl, t. I, p. 1386.

La jurisprudence et la doctrine n'ont vu l'une et l'autre que le cas de la résiliation judiciaire; on peut donc se demander si la solution qu'elles indiquent doit également être appliquée en cas de résiliation amiable. La question ne paraît pas s'être présentée jamais devant les tribunaux, et la doctrine se contente de parler de la résiliation du bail en général.

Il nous semble qu'il n'y a pas lieu d'établir de distinction entre la résiliation amiable et la résiliation prononcée en justice. En effet, c'est un droit pour le propriétaire de pouvoir résilier son bail, si le locataire y consent, et le fait de sous-louer ne peut pas diminuer les droits du propriétaire. Toutefois, si la résiliation amiable est le résultat d'un concert frauduleux entre le propriétaire et le preneur, dans le but d'évincer le sous-locataire, la solution que nous avons indiquée ne saurait dans ce cas s'appliquer, et il appartiendrait au tribunal de se prononcer en faveur du sous-locataire.

En outre, il est encore nécessaire d'admettre un tempérament à la règle exposée ci-dessus, quand le bailleur primitif a eu pendant un certain temps avec le sous-locataire des rapports directs sans faire de réserves au sujet de son droit de résiliation. On peut en effet dire que dans de semblables conditions, le bailleur a tacitement transporté sur la tête du sous-locataire une partie des droits du preneur primitif : Le bailleur a donné en quelque sorte au sous-locataire l'autorisation tacite de se considérer comme ayant le droit de jouir du bail pendant toute sa durée normale.

CHAPITRE II

RAPPORTS DU BAILLEUR AVEC LE PRENEUR

Le principe c'est que la sous-location ne change rien aux rapports du bailleur avec le preneur primitif. Les obligations de chacun d'eux subsistent intégralement sans aucune modification.

En effet, s'il y a bien un nouveau contrat, il n'annule pas le premier qui se maintient avec tous ses effets, parce que le débiteur ne peut pas se soustraire par sa seule volonté aux engagements qu'il a pris.

On en tire certaines conséquences qui ont été souvent appliquées dans la pratique par la jurisprudence :

§ 1. *Obligation du preneur.*

1^o Le preneur primitif reste personnellement tenu du paiement du loyer, et ne peut exiger que le bailleur commence par discuter le sous-locataire;

2^o Le preneur reste également tenu de faire les réparations locatives, quitte à les faire faire par son sous-locataire;

3^o Enfin, il est toujours tenu de maintenir et de rendre

la chose en bon état, même si c'est uniquement par la faute des sous-locataires qu'elle a été détériorée.

Tous les auteurs sont d'accord sur ces points¹, et la jurisprudence est également constante dans le sens indiqué². Elle affirme notamment que le preneur est responsable de tous les actes de son sous-locataire. Vis-à-vis du bailleur il en assure la responsabilité au point qu'il est censé en être l'auteur.

Deux cas se sont présenté fréquemment devant les tribunaux, celui de l'incendie, et celui du crime commis par le sous-locataire.

Incendie.— C'est surtout à la suite d'incendies survenus dans les locaux sous-loués que les tribunaux ont eu à se prononcer sur la responsabilité du preneur primitif.

La jurisprudence déclare le preneur primitif responsable exactement comme s'il avait habité lui-même les immeubles faisant l'objet de la sous-location, même lorsque l'immeuble est détruit³.

Ainsi statue la Cour de Besançon dans son arrêt du 11 mai 1854⁴. Au moment où l'incendie avait éclaté, la maison était uniquement occupée par des sous-locataires.

1. Guillouard, t. I, p. 335 ; Duvergier, t. XVIII, p. 380 ; Aubry et Rau, t. IV, p. 494, § 368, 4^e édit. ; Laurent, n^{os} 198 et 208, 2^e édit. ; Troplong, t. I, n^o 128 ; Planiol, t. II, n^{os} 1753 et s. ; Huc, t. X, n^{os} 284 et 349, p. 474 ; Baudry-Lacantinerie et Wahl, t. I, n^o 1131 ; Agnel, n^o 535 et s. ; Arntz, t. IV, n^o 1155.

2. Aix, 10 fév. 1871, D. P. 72.2.71 ; Req. 13 mars 1872, D. P. 1872.1.254 ; Paris, 10 juil. 1875, D. P. 1878.2.105 ; 11 fév. 1879, D. P. 1879.2.135 ; Lyon, 30 juin 1887, D. P. 1888.2.59 ; Riom, 11 août, 1891, D. P. 1892.2.175 ; Bordeaux, 6 mai 1897, D. P., 1897.2.495 ; Trib. civ. Seine, 13 mars 1898, *Gaz. trib.*, 16 sept. 1898 ; Trib. civ. Bône, 24 juillet 1901, *Journ. des trib. algériens*, 25 sept. 1901 (obligat. de garnir) ; Trib. paix Béziers, 2 juin 1904, *Mon. just. paix*, 1904, p. 444 ; Nancy, 3 fév. 1911, *Rec. Nancy*, 1911, p. 86 ; Trib. civ. Lille, 10 avril 1911, *Rev. Not.* 1911, p. 595.

3. Limoges, 18 janv. 1886, *Rec. assur.* 1886-87 ; Riom, 11 août 1891, D. 92.2.175.

4. D. P. 1883.2.209, voir note.

Le bailleur pouvait-il poursuivre directement le preneur primitif ? La Cour a répondu affirmativement : « Considérant qu'en droit, le preneur s'oblige envers son bailleur à conserver la chose louée; que c'est en vertu de son contrat qu'il répond de l'incendie comme de toutes autres dégradations ou pertes; qu'une semblable responsabilité n'est pas attachée au seul fait de l'occupation... » et la Cour ajoute que le propriétaire qui n'a contracté qu'avec des locataires principaux, a ces derniers seuls pour obligés personnels et directs; le sous-bail ne change donc rien aux obligations du preneur.

Peu importe d'ailleurs que le preneur fasse la preuve que l'incendie a en réalité éclaté dans les locaux du sous-locataire et non dans ceux qu'il occupe. La Cour d'Orléans¹ confirmant un jugement du tribunal d'Orléans a déclaré que sa responsabilité était exactement la même dans un cas comme dans l'autre : « Considérant que les premiers juges ont déclaré justement que la cause de l'incendie n'avait pu être établie d'une façon positive et que lors même que le bailleur prouverait conformément à son articulation, que cet incendie avait été occasionné par le sous-locataire, ce preneur primitif n'en serait pas moins responsable vis-à-vis du propriétaire... que sa responsabilité est la même dans les deux cas et qu'il résulte que, le feu ayant pris chez lui ou chez son sous-locataire, il ne peut invoquer la division de responsabilité établie par l'article 1734 du Code civil... ».

Crime. — Le preneur est donc responsable vis-à-vis du propriétaire de la faute du sous-locataire; le serait-il également de son crime, c'est-à-dire de sa malveillance intentionnelle.

1. Orléans, 7 janv. 1888, S. 1888.2.102.

La question s'est rarement posée devant les tribunaux et vraisemblablement pas antérieurement au jugement du tribunal de Saint-Flour du 30 octobre 1890¹. Ce tribunal n'a du reste pas admis la responsabilité du preneur primitif, faisant néanmoins une restriction à son principe pour le cas où les antécédents du sous-locataire permettraient de le supposer capable de mettre le feu volontairement : « Attendu que si le locataire principal est responsable des dégradations ou de la perte de l'immeuble, occasionnées par la négligence ou la faute des sous-locataires, il ne saurait l'être en principe de leur crime par la raison que la négligence ou la faute sont des faits courants et prévoyables par un administrateur ordinairement prudent, tandis que le crime du sous-locataire, dont le locataire principal n'a pas d'ailleurs la garde personnelle, est un accident absolument anormal qui n'entre pas dans les prévisions ordinaires, et ne doit pas se supposer chez l'homme ; que cette règle ne pourrait à la rigueur souffrir d'exception que si les antécédents, les crimes déjà commis ou l'état mental du sous-locataire constituaient à la charge du locataire principal une présomption de faute... » (art. 1382 Code civ.).

Cette argumentation du tribunal de Saint-Flour ne nous satisfait pas. En effet, la responsabilité du preneur n'a pas pour base une négligence de se renseigner sur le sous-locataire, mais bien le principe que le preneur ne peut se libérer de ses engagements contractuels par sa seule volonté. Sa responsabilité ne repose, ni sur l'article 1382, ni sur l'article 1384. Elle dérive de son contrat. Le bailleur conserve toujours ses actions contre le preneur primitif,

1. D. P. 91.3.95.

en cas de sous-location, pour l'exécution des engagements pris par le preneur¹.

D'ailleurs la Cour de Riom vit la même question se poser devant elle le 11 août 1891². Elle l'a résolu de façon opposée à la décision du tribunal de Saint-Flour. Voici d'ailleurs les raisons que la Cour de Riom fit valoir en faveur de sa thèse : « L'obligation du preneur de répondre de ses sous-locataires procède de celle qu'il a contractée envers le bailleur de lui restituer l'immeuble dont la garde et la surveillance lui ont été confiées; ayant choisi, comme c'est le cas le plus fréquent, et par conséquent à ses risques et périls, ses sous-locataires, il est juste que le preneur primitif réponde de son choix. »

On peut donc conclure, à juste titre, en vertu de cet arrêt qui est, semble-t-il le plus récent en la matière, que la jurisprudence déclare, jusqu'à nouvel ordre tout au moins que le locataire primitif est responsable des faits de son sous-locataire, même, en cas de crime commis par celui-ci.

Le preneur peut d'ailleurs être déchargé de ses obligations par le bailleur.

La renonciation du bailleur, comme le fait par le preneur de se prévaloir de cette renonciation n'a rien qui soit contraire à l'ordre public.

Le bailleur peut donc décharger le preneur de ses obligations et reconnaître le sous-locataire pour unique débiteur. La volonté du bailleur de décharger le preneur peut

1. Cette idée est admise et par les auteurs et par la jurisprudence. Pour ne citer que celle-ci, voici quelques arrêts intéressants de la Cour de cassation : 8 août 1833, S. 1833.1.802 ; 13 janvier 1835, S. 1835.1.198 ; 13 mars 1872, S. 1872.1.331 ; Lyon 30 juin 1887, S. 1889.2.180, D. 1882.2.59.

2. D. P. 1892.1.175.

d'ailleurs résulter d'un acte passé par lui avec le sous-locataire seul¹. Il peut consentir à ce que le preneur demeure simplement caution du sous-locataire².

On considère généralement qu'une telle renonciation de la part du bailleur constitue une novation ou une délégation³ (Guillouard, I, n° 336; cf. Colin et Capitan, II, p. 538). M. Planiol⁴ estime qu'il y a plutôt remise de dette que novation, « car si le bailleur décharge son débiteur, le preneur, il ne lui substitue pas un nouveau débiteur, sous-locataire, il conserve comme débiteur celui-ci, qui était déjà tenu envers lui du fait de la sous-location⁵. » Cela n'empêche pas au surplus que la volonté du bailleur de décharger le preneur de ses obligations doive être clairement manifestée; elle ne saurait être présumée, pas plus qu'au cas de novation (art. 1273)⁶.

Il a été jugé notamment, qu'elle ne peut résulter du fait que le sous-locataire, d'accord avec le preneur, a pris directement des engagements, envers le bailleur, alors que ces engagements étaient prévus dans le bail, et qu'en agissant ainsi, le sous-locataire n'a fait qu'user d'un droit appartenant au preneur (Req. 13 mars 1872 précité).

La renonciation du bailleur ne saurait davantage résulter du fait qu'il a touché directement des loyers du sous-locataire⁷, ou lui en a réclamé le montant⁸.

1. Guillouard, I, 336; Baudry-Lacantinerie et Wahl, I, n° 1137; Aubry et Rau, V, § 363, texte et note 24; Req. 13 mars 1872, D. 1872.1.254; Civ. 26 août 1833, S. 1833.1.802.

2. Paris, 22 juin 1894, D. 1895.2.71.

3. V. arrêts précités, en plus Bordeaux 6 mai 1897, D. P. 97.2.495.

4. Planiol et Ripert, *Traité pratique de dr. civ. franç.*, t. X, n° 557.

5. V. Baudry-Lacantinerie et Wahl, I, n° 337.

6. Civ. 28 août 1833 précité; 23 janvier 1835, S. 1835.1.198.

7. Bordeaux 6 mai 1897 précité; Trib. civ. Seine 21 janv. 1908, *La loi*, 19 fév. 1908.

8. Trib. civ. Seine 17 déc. 1912, *Gaz. trib.*, 1913, 1^{re} sem. 2.174

§ 2. Obligations du bailleur.

Réciproquement, le preneur primitif conserve tous ses droits contre le bailleur originaire¹, droit aux réparations, à la garantie des vices, de l'éviction, au trouble de droit.

Il est évident que le preneur n'a d'action contre le bailleur que suivant les termes du bail primitif et les rapports existant entre les deux parties. Si par exemple le preneur est actionné par un sous-preneur en réparation de vices et que ces vices, inconnus du sous-preneur, aient été, au moment de son contrat avec le bailleur, connus du preneur principal, ce dernier ne peut recourir en garantie contre le bailleur².

Cependant n'habitant pas les lieux loués, on pourrait croire que le preneur n'a aucun intérêt à agir contre le bailleur pour le forcer à remplir des obligations qui concernent la jouissance. Mais, s'il n'a aucun intérêt comme preneur, il est intéressé comme sous-bailleur. En effet, le sous-preneur a action contre lui pour l'exécution des mêmes obligations qui donnent au sous-bailleur le droit d'agir, à titre de preneur contre le bailleur principal.

A ce sujet se pose la fameuse question de la nature de l'action que le sous-locataire et le bailleur primitif peuvent avoir l'un contre l'autre. Nous l'examinerons dans le chapitre suivant.

1. Laurent, t. 25, n° 208 ; Baudry-Lacantinerie et Wahl, t. I, n° 1136 ; *contra* : Guillouard, t. I, n° 335, Nancy, 26 juin 1895, S. 1897.2.66, D. 1896.2.367 ; Trib. paix, Montpellier, 1^{er} août 1895, *Mon. jud.* Lyon, III, n° 1895

2. Nancy, 26 juin 1895 précité ; Civ. 19 mai et 20 juin 1919, S. 1920.1.70 ; ces arrêts reconnaissent au preneur le droit d'exiger la prorogation accordée par la loi du 9 mars 1918 ; signalons à titre d'indication que cette faculté n'est accordée qu'en cas de sous-location et non en cas de cession de bail.

CHAPITRE III

RAPPORTS DU BAILLEUR AVEC LE SOUS-LOCATAIRE

Cette question est beaucoup plus délicate que les deux précédentes et a donné lieu en doctrine et en jurisprudence à de nombreuses discussions.

Il y a lieu d'examiner successivement, les pouvoirs du sous-locataire à l'encontre du bailleur, et les pouvoirs du bailleur à l'encontre du sous-locataire.

§ 1. *Pouvoirs du sous-locataire à l'encontre du bailleur.*

Il n'est pas douteux tout d'abord que le sous-locataire, créancier du preneur, puisse exercer en vertu de l'article 1166 du Code civil, les droits et actions de celui-ci à l'encontre du bailleur. Cette solution est seule logique, si l'on considère qu'il n'existe en effet aucun lien juridique entre le sous-locataire et le bailleur primitif qui est resté complètement étranger au second bail intervenu entre le preneur et le sous-locataire.

Aussi la plupart des auteurs et la jurisprudence sont-ils d'accord pour reconnaître que là doivent se borner les pouvoirs du sous-locataire qui se trouve en conséquence

sans droit à invoquer à son profit une action directe contre le bailleur principal; une telle action ne saurait en effet exister qu'en vertu d'un texte spécial¹.

Remarquons d'ailleurs que la plupart du temps l'action directe n'accorderait au sous-locataire aucun avantage supérieur à l'action oblique de l'article 1166: En effet l'obligation du propriétaire que le sous-locataire peut invoquer est presque toujours une obligation de faire, laquelle échappe par sa nature même au concours des autres créanciers du preneur. Ce n'est qu'exceptionnellement que le sous-locataire peut réclamer au propriétaire une indemnité en argent comme par exemple à raison d'un vice de la chose.

Il n'existe qu'une seule hypothèse dans laquelle le bénéfice de l'action directe soit unanimement reconnu au sous-locataire, c'est lorsque le bailleur a commis un fait « personnel », auquel le sous-bailleur est resté étranger. Dans ce cas la responsabilité du bailleur est directement engagée et il n'est pas douteux dès lors que le sous-locataire soit fondé à agir contre lui en vertu des articles 1382 et suivants du Code civil².

1. Laurent, t. 25, n° 200 et suiv.; Beudant, n° 531-3°; Huc, t. 10, n° 282 *in fine*; Baudry-Lacantinerie et Wahl, t. I, n° 1143; Aix, 9 mai 1868, D. 70.2.116; Lyon, 29 mars 1882, *Gaz. Pal.* 1882.1.94; Grenoble, 23 juin 1882, *Gaz. Pal.* 1883.1.483; Cass. req., 8 nov. 1882, *Gaz. Pal.* 1883.1.62; Bordeaux, 27 avril 1891, *Gaz. Trib.* 25 sept. 1891, *Pand. franç.* 1892.2.321; Seine, 26 juillet 1893, *Gaz. Pal.* 1894.2 *sup.* 14; Nancy, 26 juin 1895, S. 1897.2.66; Douai, 22 juillet 1903, *Rec. som.* 1904, n° 2002, *rec. Douai* 1904, p. 49.

2. Planiol et Ripert, *Traité prat. Dr. civ.*, t. X, n° 559; Baudry-Lacantinerie et Wahl, 2^e édit., t. I, n° 1143; Cass. req. 31 juillet 1878, S. 1881.1.77; Trib. Lyon, 31 mars 1896, *Le Droit*, 21 août 1896; Trib. Seine, 2 août 1897, *Le Droit*, 22 octobre 1897; Trib. Nice, 11 juin 1913, *La Loi*, 29 juillet 1913.

§ 2. *Pouvoirs du bailleur principal à l'encontre
du sous-locataire.*

1^o Tout d'abord il est également certain que le bailleur puisse agir contre le sous-locataire, comme créancier du preneur, en exerçant en vertu de l'article 1166, les droits et actions de celui-ci.

Cette solution se justifie évidemment par ce fait qu'il n'existe aucun lien juridique entre le bailleur originaire et le sous-locataire; or, en l'absence de la responsabilité délictuelle de l'article 1382 qui n'existe qu'autant qu'il y a faute démontrée, il n'y a pas place pour une responsabilité contractuelle, celle-ci ne pouvant exister qu'en vertu d'un lien contractuel lequel fait défaut. C'est seulement entre le bailleur et le preneur originaires que ce lien existe. Il en résulte que le bailleur ne peut agir contre le sous-preneur que dans la mesure où le sous-bailleur pourrait lui-même le faire¹.

2^o Mais ne doit-on pas admettre d'autre part que le bailleur puisse invoquer les droits d'un créancier gagiste à l'encontre des meubles et objets mobiliers apportés dans les lieux loués par le sous-locataire?

La reconnaissance de ce pouvoir au profit du bailleur est généralement admise. Il n'est pas douteux en effet que le mobilier du sous-locataire se trouve compris avec celui du preneur dans le privilège du bailleur (art. 2102 Code civ.)². Il en est de même lorsqu'il s'agit d'une ferme, le

1. Laurent, t. XXV, n° 200 et s.; Huc, t. X, n° 283, 321 et 349; Planiol, t. II, n° 1754, p. 572, note 1; Baudry-Lacantinerie et Wahl, t. I, n° 1144 et s., 1170 et s.; Dissertation de M. Ch. Dupuis, D. P. 1890. 2.97 et notes 1-2; Poitiers, 12 mars 1851, D. P. 1853.1.124; Paris, 3 août 1896, D. P. 1897.2.333.

1. J. G. S., *Privil. et hyp.*, 92; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, t. I, n° 374; Thézard, *Du nantissement, des privil. et hypoth. et de*

privilège portant sur le mobilier d'exploitation et sur les récoltes.

On doit décider que le privilège du bailleur porte sur les meubles du sous-locataire, même lorsque celui-ci est logé gratuitement, dans le cas du moins, où l'habitation gratuite aurait de l'importance soit par la durée, soit par l'étendue des lieux occupés¹.

Cela résulte notamment de l'article 820 du Code de procédure civile qui permet au bailleur de faire saisir-gager les meubles des sous-locataires, car la saisie gagerie est le préliminaire de l'exercice du privilège.

Le bailleur pourrait donc saisir ces meubles et les faire vendre de façon à se payer intégralement de ce que le locataire principal lui doit. Cette solution serait logique comme résultant du principe certain de l'indivisibilité du droit de gage. Mais elle serait évidemment très dure pour le sous-locataire. Aussi l'article 1753 du Code civil décide-t-il que le bailleur n'a privilège sur les meubles du sous-preneur que : « jusqu'à concurrence du prix de la sous-location dont celui-ci peut être débiteur au moment de la saisie². »

Ainsi, les effets des sous-fermiers et sous-locataires qui garnissent les lieux par eux occupés, et les fruits des héritages sous-loués, peuvent être saisis-gagés par le propriétaire pour les loyers et fermages dus par le locataire ou fermier de qui ils tiennent la chose. Mais avec cette restriction que le sous-locataire n'est tenu envers le propriétaire

l'exprop. forcée, n° 345; Guillouard, *op. cit.*, t. I, n° 302; Aubry et Rau, 5^e éd., t. III, § 261, p. 235; Pont, *Comment. trait. des privil. et hypoth. et de l'exprop. forcée*, 2^e éd., t. I, n° 119.

1. J. G., *Privil. et hyp.*, 243.

2. J. G. S., *Privil. et hypoth.*, 92; Aubry et Rau, 5^e éd., t. III, § 261, p. 235; Guillouard, *op. cit.*, t. I, n° 302; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, t. I, n° 374; Thézard, *op. cit.*, n° 345; voir également *Code civil annoté*, art. 1753, texte et notes n° 1 à 30.

que jusqu'à concurrence du prix de la sous-location, et pour les sommes dont il peut être débiteur au moment de la saisie faite entre ses mains sur le prix du bail ou de la saisie-gagerie faite de ses effets¹; encore que le sous-locataire ne représente pas le bail authentique ou ayant date certaine².

Les paiements déjà faits par le sous-locataire ne peuvent être opposés au propriétaire, qu'autant qu'ils l'ont été sans fraude et sans anticipation³. Il a été jugé que lorsque la faculté de sous-louer n'a pas été interdite au locataire, le propriétaire n'est pas admis à prétexter son ignorance de la sous-location, et à contester la validité des paiements faits par le sous-locataire, de bonne foi, sans anticipation, et conformément aux clauses de son bail⁴.

Toutefois lorsque la sous-location a eu lieu contrairement à une clause de bail interdisant de sous-louer, les meubles du sous-locataire sont grevés du privilège du bailleur sans restriction, et comme s'ils appartenaient au locataire principal⁵.

Il n'est pas douteux, en effet, que l'article 1753, du Code civil ne s'applique qu'à une sous-location régulièrement consentie par le preneur, en vertu des droits que la loi ou le contrat lui confère, mais qu'il en est autrement lorsque le propriétaire, pour conserver précisément dans toute son étendue le privilège que lui accorde l'article 2102,

1. J. G. S., Privil. et hypoth., 240; Comp. Paris, 2 févr. 1808, J. G. Louage, 340, 2°; Amiens, 10 avril 1839, J. G. *ibid.*

2. Req. 2 avril 1806, J. G. Louage, 430, 1°.

3. Jur. gén. Privil. et hypoth., 242, Laurent XXV, nos 200 et suiv.; Colin et Capitant II, p. 541; Labbé, *Rev. crit.* 1876, p. 571 et s., p. 666 et s. et note sous S. 1876.2.329.

4. Amiens, 10 avril 1839, J. G. Privil. et hypoth., 242; Louage, 430.

5. J. G. S., Privil. et hypoth., 92; Dissetration de M. de Loynes, D. P. 92.1.345, notes 1-2; en ce sens Guillouard, *op. cit.*, t. I, 304; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, t. I. 375; Aubry et Rau, *op. cit.*, § 261, note 17, p. 235.

stipule l'interdiction de sous-louer (Req. 11 avril 1892, D. P., 1892.1.345, avec le rapport de M. le conseiller Loubers). On doit conclure en conséquence, et en toute logique, que la disposition de l'article 550 du Code de commerce modifié par la loi du 12 février 1872, qui restreint le privilège du bailleur en cas de faillite, ne s'applique pas dans le cas d'une sous-location ayant eu lieu contrairement au bail, si le sous-locataire tombe en faillite; et que le bailleur peut réclamer sur le prix des meubles du sous-locataire failli, vendus par les soins du syndic, sa collocation privilégiée, non seulement pour le prix de la sous-location, conformément à l'article 1753 du présent code, mais encore pour tous les loyers échus ou à échoir dus par le locataire principal (Req. 11 avril 1892 précité).

Il faut considérer d'autre part, que le privilège du bailleur n'est pas le seul qui grève les meubles du sous-locataire. Il y a également le privilège du sous-bailleur de telle sorte, que les meubles du sous-locataire sont affectés de deux privilèges superposés en concours l'un avec l'autre. Que doit-on décider? Incontestablement que c'est le privilège du bailleur qui viendra en première ligne, et que ce qui sera touché par ce bailleur sur le produit des meubles du sous-locataire viendra en déduction de ce qui sera dû par celui-ci au locataire principal¹.

3° *L'action directe*. — Ne faut-il pas aller plus loin et accorder au bailleur une action directe à l'encontre du sous-locataire?

Sans doute il est un cas où l'action directe est reconnue au profit du bailleur; c'est lorsque celui-ci est intervenu à

1. J. G. S. Privil. et hyp., 92; Thézard, *op. cit.*, n° 345; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, t. I, n° 376.

la sous-location pour accepter le sous-locataire comme débiteur personnel, ou, ce qui revient au même, lorsque dans l'acte primitif, une clause a réservé au bailleur l'action directe contre le sous-locataire éventuel¹.

Mais en dehors de ce cas particulier qui ne fait pas difficulté ne doit-on pas admettre que le bailleur peut, en toute circonstance, poursuivre directement le sous-locataire?

Il est évident qu'une telle action présente pour lui des avantages considérables².

a) Grâce à l'action directe, le bailleur pourra percevoir la totalité des loyers que le sous-locataire doit au locataire principal, tandis que si au contraire, il n'a que l'action oblique, comme il ne sera créancier que par l'intermédiaire du preneur primitif, il sera obligé de subir le concours des autres créanciers du preneur. Il en serait de même au cas où le sous-locataire serait tenu, par exemple, d'une indemnité à titre de réparation locative.

L'action directe confère donc au bailleur un véritable privilège.

b) Cette action va encore avoir pour résultat d'éviter que le sous-locataire puisse opposer au bailleur les exceptions qu'il peut avoir contre le locataire principal; et notamment le sous-locataire ne pourra invoquer contre le bailleur les paiements qu'il aurait effectués aux mains du preneur, ce qu'il pourrait incontestablement faire s'il n'agissait que par l'action de l'article 1166.

1. Planiol et Ripert, *Traité prat. de dr. civ. franç.*, t. X, n° 559; Baudry-Lacantinerie et Wahl, I, n° 1144.

2. Planiol et Ripert, *op. cit.*, t. X; Colin et Capitant II, p. 540; Guillouard I, n°s 337 et 342; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *op. cit.*, n°s 1170 à 1181; Aubry et Rau V, § 368, 4°, texte et note 21; Solus : *L'action directe et l'interprétation des art. 1753, 1798, 1994*, thèse Paris 1914,

c) Un autre intérêt est attaché à l'action directe : c'est dans le cas d'incendie. Quand le bailleur occupe une partie de l'immeuble, on décide en général depuis la loi du 5 janvier 1883, que le bailleur peut agir contre les locataires, sans avoir à démontrer que l'incendie, a commencé chez eux¹. En cas de sous-location, on doit donc admettre que grâce à l'action directe, le bailleur primitif aura droit à une indemnité de la part des sous-locataires, sans avoir à faire de preuve, même si le sous-bailleur habite une partie de l'immeuble. Si l'on ne donnait au bailleur primitif que l'action indirecte, il devrait prouver que l'incendie a commencé chez les sous-locataires, comme devrait le faire le sous-bailleur dont il exerce l'action.

d) Enfin, si le bailleur a pris la précaution de s'armer d'un bail authentique, il pourra, en vertu de l'action directe user *de plano* de la procédure d'exécution à l'encontre du sous-locataire, même si l'acte de sous-location est un acte sous seing privé, dépourvu par conséquent de force exécutoire².

Il est à remarquer d'ailleurs, que si seul le sous-bail est authentique alors que le bail primitif ne l'est pas, on aboutit à une solution diamétralement opposée puisque dans ce cas c'est l'action indirecte qui serait la plus avantageuse pour le bailleur.

Solution de la jurisprudence. — Impressionnée par les avantages considérables résultant de l'action directe, et dans son intention évidente de protéger le propriétaire, la jurisprudence s'est prononcée presque unanimement en faveur de l'octroi de l'action directe au bailleur.

1. L'opinion contraire est sanctionnée par toute une partie de la jurisprudence.

2. Cette opinion a été sanctionnée par la Cour de cassation, 4 nov. 1863, S. 64.1.539.

Dès 1853, la Cour de cassation¹, cassant un arrêt de la Cour de Poitiers du 30 avril 1851, s'est fixée dans ce sens, en reconnaissant que le propriétaire avait contre le sous-locataire, tenu envers lui jusqu'à concurrence du prix de sous-location dont il est débiteur, non seulement une action réelle sur les meubles garnissant les lieux loués, mais encore une action personnelle, qu'il peut exercer, par voie de saisie-arrêt sur les sommes dues au sous-locataire : « Attendu, disait la Cour de cassation, que le propriétaire créancier de tout ou partie du prix du bail, n'a pas seulement en vertu de l'article 1166 du Code civil, le droit d'agir contre le sous-locataire du chef du locataire, son débiteur principal; que l'article 1753 lui attribue une action personnelle et directe contre le sous-locataire; qu'en effet, cet article ne restreint pas à une simple affectation réelle l'obligation dont il détermine l'étendue; que si le sous-locataire n'est tenu envers le propriétaire que jusqu'à concurrence du prix dont il peut être débiteur à raison de la sous-location, il est tenu dans cette mesure non seulement sur ses meubles, mais d'une manière générale; que les termes de cette disposition impliquent nécessairement l'idée d'une obligation personnelle, laquelle rend le sous-locataire directement passible de la part du propriétaire des mêmes voies d'exécution que le locataire lui-même. »

Par d'autres décisions postérieures, la Cour de cassation fixa définitivement sa jurisprudence, l'étendant même à certains cas particuliers. C'est ainsi qu'elle jugea en 1873², que lorsque le propriétaire, exerçant contre le sous-locataire l'action directe et personnelle que la loi lui confère,

1. 24 janv. 1853, D. P. 1853.1.124. S. 1853.1.321.

2. Civ. 2 juill. 1873, D. P. 1873.1.412.

lui fait, avant l'échéance du terme, défense d'en verser le montant en d'autres mains que les siennes, le sous-locataire ne peut lui opposer à titre de compensation, le fait de fournitures antérieurement livrées au locataire, le montant des loyers réclamés ne s'étant pas trouvé exigible en même temps que le prix desdites fournitures, et n'ayant pu, en conséquence se compenser avec lui.

Encore dans le même sens statua la Cour de cassation, le 8 nov. 1882¹ : « Le sous-locataire a une action personnelle et directe qu'il peut, en cas de non paiement des loyers par le locataire principal, exercer, non seulement par la voie de la saisie-gagerie sur les meubles du sous-locataire, mais par tous les moyens permis à un créancier ordinaire, et notamment par voie de saisie-arrêt. »

A l'instar de la Cour suprême, les Cours d'appel décidèrent que le propriétaire avait à sa disposition l'action directe pour lui permettre de réclamer ses loyers au sous-locataire².

Mais faut-il encore accorder cette action quand il s'agit d'obligations autres que le paiement des loyers?

Pendant un certain temps les Cours d'appel furent les seules à s'occuper de la question. Elles la résolurent négativement.

La Cour de Toulouse notamment dans son arrêt du 7 février 1888³, refusa l'action directe à un propriétaire qui soutenait avoir le droit à la suite d'un incendie de poursuivre en son nom et directement, non seulement le locataire principal, mais même les sous-locataires : « Attendu, en effet, que la présomption de faute contre l'habitant n'a point d'effet en dehors de la responsabilité spéciale du

1. S. 1884.1.333, D. 1883.1.305.

2. Paris, 26 févr. 1873, D. P. 1877.5.287; Lyon, 26 déc. 1882, S. 1884.2.121; Paris, 3 août 1896, D. 97.2.333.

3. Toulouse, 7 févr. 1888, D. P. 1890.2.97, S. 1888.2.101.

locataire envers le bailleur; que la présomption *Incendia fiunt culpa inhanbitantium* du Droit romain et de l'ancien droit n'a pas été regue par notre code qui ne base la responsabilité du locataire que sur le principe contractuel des articles 1302, 1147, 1245 du Code civil; que c'est en vertu de cette règle que l'action en dommage des voisins entre eux, des colocataires entre eux, des locataires contre le propriétaire habitant la maison, est subordonnée à la preuve que l'incendie est arrivé par la faute du défendeur (art. 1382); Attendu qu'à la différence de la cession de bail, la sous-location constitue une location nouvelle qui ne crée aucun rapport direct du sous-locataire au bailleur originaire; qu'en effet, le sous-locataire n'a contracté envers le propriétaire bailleur aucune obligation; attendu que vis-à-vis des sous-locataires, le locataire principal joue le rôle de bailleur, qu'il est sans intérêt de rechercher si les sous-baux sont ou non antérieurs à la loi du 5 janvier 1883; qu'en effet cette loi n'a innové qu'en ce qui a trait à la solidarité, mais qu'elle a laissé exister les deux anciens alinéas de l'article 1734, sans porter atteinte aux règles admises; que dès lors, avant de pouvoir invoquer au regard de ses sous-locataires, l'article 1734 du Code civil, le locataire principal devrait prouver que le feu, qui certainement n'a éclaté que dans le corps de bâtiments où il y avait en même temps que lui des sous-locataires, n'a pas commencé, ou n'a pas pu commencer dans les locaux dont il avait la jouissance exclusive;... que le propriétaire est donc obligé d'emprunter pour agir, la voie de l'article 1166 du Code civil »

Plusieurs autres Cours d'appel se prononcèrent dans le même sens (Rennes, 25 févr. 1889, D.P. 1890.2.97; Poitiers, 24 janv. 1889, S. 1889.2.182).

Mais la Cour de cassation, cassant l'arrêt de la Cour de Toulouse précité, condamna formellement la jurisprudence des Cours d'appel (13 janv. 1892. D. 1892.1.509, S. 1892.1.89) : « Attendu, dit la même Cour suprême, que les dispositions de l'article 1733 sont fondées sur la présomption que l'incendie qui a éclaté dans une maison est arrivé par la faute des personnes qui l'habitent et auxquelles incombe l'obligation de veiller à sa conservation en leur qualité de preneurs; que dans la généralité de ses termes, cet article comprend aussi bien ceux qui demeurent dans la maison à titre de sous-locataires que les locataires principaux eux-mêmes; que les uns comme les autres sont tenus de rendre l'immeuble en bon état à l'expiration du bail, et, notamment, d'exercer la surveillance nécessaire pour empêcher les incendies de se produire; que, d'autre part, il résulte des termes de l'article 1753, que les sous-locataires sont vis-à-vis du propriétaire bailleur originaire, dans la situation d'obligés personnels; attendu qu'il suit de là que le propriétaire, pour agir contre des sous-locataires, n'est pas réduit à exercer les droits du locataire principal; qu'il puise dans le contrat de bail et dans le fait de l'habitation le droit de les poursuivre directement pour faire valoir contre eux la responsabilité établie par l'article 1783 du Code civil. »

A la suite de cet arrêt important, les Cours d'appel, revenant sur leur jurisprudence antérieure se rangèrent toutes à l'opinion de la Cour de cassation (Bastia, 17 fév. 1892, D. 1893.2.327; Grenoble, 4 juin 1895, D. 1896.2.370).

On peut considérer aujourd'hui, malgré quelques rares décisions contraires¹, que la jurisprudence est définitive-

1. Paris, 3 août 1896, D. P. 1897.2.333.

ment fixée en faveur de l'octroi de l'action directe au bailleur, non seulement pour obtenir le paiement des loyers, mais dans tous les cas, et notamment pour les demandes d'indemnité à la suite d'un incendie.

En ce qui concerne cette dernière application de la jurisprudence, il est intéressant de remarquer qu'au début, l'action directe fut demandée soit par des créanciers du propriétaire, soit par des compagnies d'assurances, et alors les tribunaux opposèrent un refus formel; au contraire quand la demande fut faite par les propriétaires eux-mêmes, elle leur fut accordée; ce qui prouve surabondamment que les juges ont eu avant tout le souci de protéger les propriétaires.

Doctrine. — Si l'unité est quasi-parfaite en jurisprudence, il n'en est pas de même en doctrine. Divers systèmes ont été proposés par les auteurs :

I. Partisans de l'action directe.

Ils sont nombreux. Parmi les principaux citon : Troplong¹, Duvergier², Marcadé³, Aubry et Rau⁴, Guillouard⁵.

Tous ces auteurs reproduisent à peu près les mêmes arguments, mais c'est peut-être Guillouard qui a le plus clairement exposé le système qui consiste à reconnaître en toute circonstance au bailleur une action directe contre le sous-locataire.

L'action directe, disent les auteurs, a sa source dans le Droit romain qui avait admis non seulement que l'action directe était équitable, mais qui allait jusqu'à dire qu'il

1. Troplong, t. I, n° 128.

2. Duvergier, t. I, n° 539.

3. Marcadé, art. 1717, n° 1.

4. Aubry et Rau, t. IV, p. 494.

5. Guillouard, t. I, p. 339.

serait injuste de la part du bailleur primitif de poursuivre le sous-bailleur pour lui faire payer les baux dus par les sous-locataires¹.

Voici d'ailleurs les principaux arguments qui militent en faveur de l'admission de l'action directe :

a) L'article 1753 dispose : « Le sous-locataire n'est tenu envers le propriétaire que jusqu'à concurrence du prix de sa sous-location, etc. » Le point de départ de la théorie de l'action directe, disent ses partisans repose dans le seul mot « tenu ». Développant leur système, ils font remarquer que dès l'instant que le sous-locataire est « tenu » envers le propriétaire, c'est qu'il est son débiteur personnel et direct; il faut donc conclure en toute logique que le bailleur pourra le poursuivre par le moyen de l'action directe.

On a fait remarquer², que l'article 1753 en déterminant la mesure dans laquelle le sous-locataire est tenu envers le propriétaire, suppose nécessairement aux mains de ce dernier une action directe contre lui; si le propriétaire n'avait pas le sous-locataire pour obligé personnel, il ne serait pas besoin de restreindre la responsabilité de celui-ci : « La responsabilité pèse sur le locataire tant que dure son bail, sans atténuer la responsabilité du sous-locataire à l'égard du propriétaire auquel elle offre, en subsistant ainsi, une double garantie pour l'exécution des conditions du louage. »

Qu'on ne vienne pas prétendre, dit Guillouard, qu'il

1. « Æmiliius Ptolemæus conduxerat a fisco possessionem, eamque paulatim pluribus locaverat majore quantitate, quam ipse susciperat : conveniebatur a procuratoribus Cæsaris in eam quantitatē, quam ipse perceperit; hoc iniquum et inutile flæo videbatur ut tamen suo periculo, ipse eos, quibus locaverat, conveniret : ideoque pronuntiavit in eam solam quantitatē eum conveniri debere, quā ipse conductor extiterat. » (§ 1, Loi 47, Digeste, tit. XIV, Liv. XLIX.)

2. Richard et Maucorps, *Traité de la responsabilité civile en matière d'incendie*, n° 347 et 348.

s'agit là non d'une action directe mais seulement d'une action privilégiée : « Si le sous-locataire n'était tenu que *propter rem*, une fois son mobilier vendu, le propriétaire n'aurait plus d'action contre lui; or, il a une action personnelle, indépendante de la saisie-gagerie qu'il a exercée ou même qu'il n'a pas exercée; en un mot, il a pour débiteur le sous-locataire¹ »,

Signalons en passant que Guillouard donne ici comme argument ce qu'il s'agit précisément de prouver; il est exact, en effet, que le bailleur a une autre action que la saisie-gagerie, mais rien n'indique que cette action est une action directe.

b) Les partisans de l'action directe ajoutent que cette interprétation de l'article 1753 est conforme aux principes généraux du droit et qu'elle est d'ailleurs facile à justifier théoriquement.

Il est aisé, dit Guillouard d'établir un lien de droit unissant directement le bailleur et le sous-bailleur. Voici son raisonnement² : « Sans doute il est bien vrai que les conventions ne profitent qu'à ceux qui ont été parties ou représentés, mais nous croyons précisément que le bailleur a été représenté par le locataire principal dans le contrat de sous-location. En stipulant le paiement des loyers, l'occupation des lieux loués, etc..., le locataire principal n'a pas fait seulement sa propre affaire, mais celle du bailleur, et il avait pour cela un mandat tacite de celui-ci; en effet en louant la chose sans interdire la faculté de sous-louer, le bailleur a virtuellement donné mandat au locataire principal de choisir si bon lui semblait des sous-locataires; il y a donc entre ces derniers et le bailleur un lien de droit

1. Guillouard, *op. cit.*, p. 339.

2. Guillouard, *op. cit.*

direct établi par le locataire principal au nom du bailleur, et dans la limite des pouvoirs que lui conférait le contrat de bail. »

Le preneur serait donc le représentant direct du bailleur, d'où il résulte qu'il établit entre celui-ci et les sous-locataires un lien de droit d'où naît de part et d'autre une action directe¹.

c) Troplong² fait valoir un autre argument : « Ce n'est pas dans les articles 1753 du Code civil et 820 du Code de procédure civile que le bailleur puise le droit d'agir directement contre le sous-preneur; il puise son droit en lui-même, dans l'occupation des lieux par le sous-preneur. »

Tel serait d'après cet auteur, l'unique fondement de l'action directe.

d) Enfin Duranton³ fait valoir un argument d'équité : Le prix de la sous-location étant dû à raison de la chose du bailleur, il est juste, dit-il, que celui-ci le touche de préférence aux créanciers particuliers du sous-bailleur.

II. Partisans de la théorie qui refuse l'action directe.

Parmi les principaux auteurs, citons : Laurent⁴, Duvergier⁵, Baudry-Lacantinerie⁶, Wahl, Planiol⁷, Ripert⁸. Tous ces auteurs repoussent énergiquement l'admission de l'action directe au profit du bailleur.

a) A la base de leur théorie, ils placent ces deux principes : d'une part, qu'il n'existe aucun lien juridique entre

1. Planiol et Ripert, *op. cit.*, t. X.

2. Troplong, t. I, n° 128, t. II, n° 538.

3. Duranton, t. XVII, n° 161.

4. Laurent, t. XXV, n°s 200 et s.

5. Duvergier, t. XVIII, n° 380.

6. Baudry-Lacantinerie, t. I, n° 1144.

7. Planiol, *Droit civil*, t. II, n° 1754.

8. Planiol et Ripert, *Trait. prat. de droit civil franç.*, t. X, n° 559.

le bailleur principal et le sous-locataire; et d'autre part, que les conventions ne peuvent avoir d'effet qu'entre les parties contractantes (art. 1165, C. civ.).

En vertu de ces deux principes dont la valeur n'est pas contestable, on peut conclure sans crainte de se tromper que le bailleur et le sous-locataire sont au point de vue juridique sans la moindre relation directe.

« D'où naissent les actions? dit Laurent¹: Des contrats. Les conventions donnent-elles une action à ceux qui n'y figurent point? Elles ne profitent ni ne nuisent aux tiers, dit l'article 1165; qui est partie au sous-bail? Le preneur et le sous-bailleur; donc le sous-bail n'a d'effet qu'entre le locataire et le sous-locataire. Quant au bailleur principal, il n'est pas partie au contrat, il est donc un tiers, il n'y a donc aucun lien de droit entre lui et le sous-preneur. »

b) Aux objections de Troplong et de Duranton on peut répondre que le fait de l'occupation des lieux par le preneur ne crée aucun lien de droit entre le propriétaire de la chose et le preneur qui l'occupe. Laurent ajoute : « Si le preneur occupait cette chose sans titre aucun, le propriétaire aurait contre lui l'action en revendication, laquelle implique l'absence de tout lien entre le demandeur et le défendeur. Mais le sous-preneur occupe les lieux en vertu d'un contrat d'où naissent des droits et des obligations : suffit-il que la chose qui fait l'objet du contrat soit la propriété du bailleur pour que, par cela seul, le preneur puisse agir en vertu du contrat contre le propriétaire et que le propriétaire ait action en vertu du même contrat contre le sous-preneur?... Une pareille doctrine renverse tous les principes.

1. Laurent, *op. cit.*

Quoi ! ma chose est l'objet d'un contrat et cela suffit pour que je sois partie au contrat, que j'aie les droits qu'il crée et que je sois tenu des obligations qui en découlent ! Je serai donc partie au contrat comme y ayant été représenté par ma chose ! »

c) Quant à l'objection tirée des termes de l'article 1753 et notamment de la signification du mot « tenu », on peut aisément la refuter. « Pour interpréter une loi, dit Laurent, il faut constater avant tout quel en est le véritable objet. Or, il suffit de lire l'article 1753 pour se convaincre qu'il est relatif à une question toute spéciale. Le bailleur a un privilège pour le paiement des loyers et fermages sur les meubles qui garnissent la maison louée ou la ferme. Conserve-t-il ce privilège lorsque le preneur sous-loue ? Cette question comporte nécessairement une réponse affirmative, car autrement ce serait permettre au locataire d'anéantir par son fait le privilège de son bailleur en sous-louant... Il est inutile d'insister, car la loi décide implicitement : Les articles 1753 du Code civil et 820 du Code de procédure civile donnent au bailleur le droit de saisir-gager les meubles et les fruits qui se trouvent dans les maisons et les fermes sous-louées et la saisie-gagerie suppose l'existence du privilège qui appartient au bailleur. »

L'article 1753 suppose que le bailleur saisit les meubles qui garnissent les lieux occupés par le sous-preneur. Il exerce un droit réel, dit Laurent, et de même que le droit d'hypothèque peut fort bien s'exercer contre un tiers détenteur, ainsi le privilège du bailleur peut s'exercer sur les meubles qui garnissent la chose louée quoique le sous-preneur ne soit pas son débiteur. Mais quelle va être la situation du sous-preneur dont les meubles sont saisis pour une dette qui n'est pas la sienne ? Quels vont être d'autre

part les droits du bailleur? Pourra-t-il saisir, gager les meubles du sous-preneur bien que celui-ci ne soit pas son débiteur?

Il nous apparaît que bien loin de favoriser le bailleur en lui conférant une action directe, « l'article 1753 est une disposition restrictive qui limite son gage traditionnel. C'est, en outre, une disposition qui dénie à l'action du bailleur l'un des effets de l'action directe, en permettant au sous-locataire d'opposer à cette poursuite les paiements faits au locataire principal, ce qui serait juridiquement impossible si l'action du bailleur avait le caractère d'une action directe¹ ».

Quant au mot « tenu » il n'a jamais voulu dire ce que certains auteurs, et certaines décisions de jurisprudence² ont prétendu qu'il signifiait. Il n'est employé dans l'article 1753 que dans un sens général, dans le sens de tenu réellement. Laurent fournit d'ailleurs des exemples très suggestifs à l'appui de cette affirmation : « On dit au propriétaire du fond servant, qu'il est tenu de souffrir ou de ne pas faire; on dit du tiers détenteur qu'il est tenu de se laisser exproprier. On ne peut donc pas dire que les termes de l'article 1753 implique nécessairement l'idée d'une obligation personnelle. Il faut toujours en revenir à la règle fondamentale, en matière d'interprétation des lois, en les interprétant d'après ce que le législateur a eu en vue. Or, dans l'article 1753, il est question de la saisie opérée par le bail-

1. Planiol et Ripert, *op. cit.*, t. X ; Laurent, XXV, n^{os} 200 et suiv. ; Baudry-Lacantinerie et Wahl, I, n^o 1145 ; Colin et Capitant, II, p. 541 ; Labbé, *Rev. crit.*, 1876, p. 571 et s., page 666 et s. et note sous S. 1876. 2.329.

2. Poitiers, 12 mars 1851 et 30 avril 1851. Rappelons que cet arrêt a été cassé par la Cour de cassation : 24 janv. 1853, S. 53.1.321 ; D. 53.1.124.

leur en vertu de son droit de gage, donc d'une action réelle, et le but de cet article est de limiter cette action. »

L'article 1753 a d'ailleurs une origine historique qu'il est intéressant de rappeler parce qu'elle explique bien des choses. « On remarquera d'abord, dit Planiol¹, que le texte parle du sous-locataire (ce qui en 1804, se disait pour une occupation partielle des lieux loués) et non du cessionnaire occupant la totalité. On remarquera aussi qu'il prévoit la saisie du mobilier par le bailleur; ceci dit, on va voir combien le texte est clair, quand on remonte à son origine; il était admis jadis sans difficulté que les meubles apportés par le cessionnaire répondaient de la totalité des loyers dus au bailleur parce qu'il était l'unique occupant des lieux loués. On décidait de plus que les conventions faites entre lui et le cédant ne pouvaient pas modifier les droits du propriétaire sur le mobilier qui lui servait de gage en garnissant les lieux loués. La différence pouvant exister entre le prix du bail primitif et le prix que le cédant avait stipulé au cessionnaire était donc indifférente au propriétaire : on permettait toujours à celui-ci de saisir pour le loyer qui lui était dû, jamais pour plus, jamais pour moins.

Mais cette règle avait paru trop dure, appliquée aux « sous-locatifs », ceux-ci étaient de petits locataires, pauvres gens en général, occupant une chambre ou deux, une mansarde; ces petits locataires, qui ne payaient que de faibles loyers, devaient-ils voir leurs meubles saisis pour la totalité des sommes dues par le locataire principal ? Cela avait paru excessif, et, en 1850, dans la seconde rédaction de la *Coutume de Paris*, on avait ajouté un article qui prit le n° 162, pour restreindre le droit de saisie appar-

1. Planiol, *op. cit.*, n. 1754.

tenant au propriétaire : « *S'il y a des sous-localifs, peuvent estre pris leurs biens pour led. loyer et charges du bail, et néanmoins leur seront rendus, payant le loyer pour leur occupation.* »

Cette disposition de la *Coutume de Paris* ne supposait aucunement l'existence d'une action personnelle en paiement des loyers; on admettait simplement le gage du bailleur sur leur mobilier et son droit de le saisir par l'action réelle, parce qu'il garsissait les lieux loués. Le paiement de leur petit loyer n'était qu'un moyen de libérer à bon compte leur mobilier et de le soustraire à la saisie. L'article 1753 n'a pas d'autre sens : Le sous-locataire n'est tenu, en cas de saisie, que jusqu'à concurrence de son propre loyer. Loin d'octroyer au bailleur une action directe contre lui, en dehors du droit commun, cet article est une disposition restrictive qui limite le gage du bailleur.»

III. Système de Labbé¹.

Ce système sert en quelque sorte de transition entre les deux théories extrémistes que nous venons d'exposer.

Labbé ne reconnaît pas au profit du bailleur une action directe; mais il admet qu'il a plus qu'une action indirecte. Il a, dit-il, une action « privilégiée ». Voici d'ailleurs son raisonnement : D'après le droit commun, le propriétaire peut exercer, au nom de son débiteur, la créance de celui-ci, contre le sous-locataire, mais il se trouve alors dans une situation très peu favorable puisqu'il est obligé de subir le concours des autres créanciers du preneur primitif. Lui reconnaître une action directe n'est pas admissible puisqu'il n'y a aucun lien de droit entre lui et le sous-locata-

1. Labbé, *Revue critique*, t. LXXVI, p. 571.

taire. Aussi le législateur a-t-il voulu que « la créance résultant de la sous-location fut affectée par privilège, à la sûreté du bailleur principal ». Celui-ci pourrait ainsi, en ce qui concerne le paiement des loyers, écarter les autres créanciers du preneur. Cette explication très naturelle, dit Labbé, est la seule qui puisse se soutenir. En effet, c'est grâce au bailleur principal que le preneur primitif a pu devenir créancier du sous-locataire; il serait donc injuste que les créanciers du preneur primitif puissent profiter de cette créance avant que le bailleur ait été complètement désintéressé.

Cette théorie est très ingénieuse, mais nous verrons qu'elle n'est pas plus solide en droit que celle qui consiste à reconnaître au bailleur une action directe contre le sous-locataire.

Conclusions. — Des trois systèmes que nous venons d'exposer, il n'est pas douteux que celui qui donne le plus de satisfaction au point de vue juridique c'est le second, celui qui consiste à refuser en toute circonstance au bailleur l'action directe.

Laurent et Planiol ont réfuté d'une façon magistrale, nous l'avons vu, les arguments que font valoir les partisans de l'action directe. Il n'y a rien à ajouter de plus à ses explications.

Toutefois, il y a un argument auquel il n'a pas été répondu d'une façon précise; c'est celui qui est tiré du prétendu mandat tacite donné par le bailleur au locataire principal.

Cette explication ingénieuse en soi est cependant difficilement acceptable. En effet, on ne saurait logiquement admettre que le preneur primitif ait agi en qualité de

mandataire du bailleur. Il ne faut pas oublier que le mandataire ne doit agir que dans l'intérêt du mandant, et que c'est celui-ci seul qui finalement devient créancier ou débiteur à la suite des actes consentis en son nom par le mandataire; or, on ne peut pas dire que le sous-bailleur ait rempli ce rôle. Il nous apparaît, au contraire, qu'en sous-louant, il a agi dans son propre intérêt, bien plus que dans celui du bailleur. Cela est si vrai que s'il trouve à sous-louer à un prix supérieur au prix du loyer qu'il verse au bailleur, il bénéficiera seul de la différence alors que s'il avait véritablement agi en qualité de mandataire, comme on le prétend, c'est le bailleur qui eut dû en bénéficier. La même observation d'ailleurs doit être faite en sens inverse. Si le prix de la sous-location est inférieur au prix du bail primitif, nul doute que le sous-bailleur en subisse les conséquences puisqu'il restera tenu de payer au bailleur le prix convenu dans le contrat primitif.

Il n'est donc pas douteux, qu'en cas de sous-location, l'intérêt du bailleur n'entre nullement en jeu, bien au contraire.

D'autre part, le sous-bailleur devient créancier personnel et débiteur personnel du sous-locataire; c'est donc en son nom propre qu'il stipule, et non pas comme représentant du bailleur.

Guillouard avait d'ailleurs parfaitement reconnu le bien-fondé de cette dernière observation. N'a-t-il pas écrit en effet¹ : « Le bail comme tout autre contrat, n'engendre des droits qu'au profit de l'une des parties contractantes contre l'autre, et le propriétaire ne peut puiser de droit personnel dans la convention intervenue entre le locataire

1, Guillouard, *op. cit.*, n° 276.

principal et le sous-locataire, convention à laquelle il est étranger. Seulement, en vertu de l'article 1166, et comme créancier du locataire principal, il peut exercer les droits de celui-ci contre le sous-locataire. D'ailleurs la preuve que telle est bien la situation du propriétaire vis-à-vis du sous-locataire se trouve dans l'article 1753 qui permet au sous-locataire de lui opposer les quittances données sans fraude par le locataire principal. »

On peut s'étonner dès lors qu'après une observation aussi judicieuse de la situation, Guillouard ait pu soutenir avec quelque conviction la théorie du mandat tacite.

Il nous semble tout à fait impossible de trouver à cette théorie une base quelconque dans la loi : « Le preneur, disent MM. Planiol et Ripert¹, a, aux termes de l'article 1717, la faculté de sous-louer. Cette faculté ne saurait se transformer en l'exercice d'un mandat simplement parce que le bailleur n'a pas usé du droit, qui lui réservait la loi, de l'interdire. Le preneur tient de la loi la faculté de se substituer un ou plusieurs sous-locataires. Il n'y a donc pas mandat du bailleur, et l'article 1165 continue à s'opposer à ce que le bailleur, qui n'a pas été partie à la sous-location, puisse exercer l'action directe contre le sous-locataire². »

Quant à la théorie de Labbé, si elle est ingénieuse, et si elle se recommande, tant par ses effets pratiques que par la manière dont elle envisage le contrat de sous-location, elle ne peut être acceptée juridiquement.

En effet, ce serait donner à l'article 1753 une extension difficile à admettre : Les privilèges, en principe, ne doivent être reconnus qu'en vertu de textes précis; or, l'article

1. Planiol et Ripert, *op. cit.*, t. X, n° 559.

2. V. en ce sens également Baudry-Lacantinerie et Wahl, I, n° 1145.

1753, n'exprime nulle part explicitement qu'il établit au profit du bailleur un privilège sur la créance du sous-bailleur.

En résumé, il est fort difficile de justifier en droit l'existence d'une action directe aux mains du bailleur; et pour toutes les raisons que nous avons exposées, il nous paraît impossible de soutenir que le législateur ait eu une pareille intention. Le bailleur ne pourra donc agir contre le sous-locataire qu'en exerçant les droits du locataire primitif.

Faut-il d'ailleurs critiquer cette solution, la seule encore une fois qui soit fondée en droit, et le bailleur a-t-il en définitive de justes motifs de se plaindre de ne pouvoir agir directement contre le sous-locataire? Nous ne le pensons pas. Il ne faut pas oublier, en effet, que le bailleur a un privilège sur les meubles qui garnissent la maison louée et la ferme, privilège qui sera presque toujours suffisant pour le garantir contre toute perte.

La jurisprudence ne paraît pas s'être arrêtée à ce seul avantage, et nous avons vu que dans ces derniers arrêts, la Cour de cassation s'est fixée en faveur de l'octroi de l'action directe au bailleur; sans doute est-ce en raison des avantages considérables que procure cette action qui permet principalement au bailleur d'éviter le concours des autres créanciers du preneur¹.

1. Req. 8 nov. 1882, D. 83.1.305, S. 84.1.333; 13 janv. 1892, D. 1892.1.509; Civ. 24 janv. 1853, S. 53.1.321; Civ. 2 juill. 1873, D. 73.1.412; Req. 31 juil. 1878, S. 81.1.77. Certains de ces arrêts n'accordent toutefois au bailleur l'action directe que pour la créance de loyer visée par l'art. 1753 du C. civ. Contre l'attribution de l'action directe au bailleur, v. Lyon 26 déc. 1882, S. 84.2.121 et note de Esmein, D. 83.2.209; Poitiers, 24 janv. 1889, D. 90.2.97; Toulouse, 7 fév. 1888, D. 90.2.97; Paris, 3 août 1896, D. 97.2.333.

CHAPITRE IV

CAS DE PLUSIEURS SOUS-LOCATIONS SUCCESSIVES

Doit-on établir des règles particulières au cas de sous-locations successives, c'est-à-dire au cas de sous-locations se greffant les unes sur les autres, ce qui arrive lorsqu'un sous-locataire, sous-loue à son tour et ainsi de suite?

Il y a lieu d'examiner tour à tour :

1^o Droits du preneur contre chacun des sous-locataires;

2^o Droits accordés aux sous-locataires;

3^o Droits du bailleur primitif contre chacun des sous-locataires.

I. Droits du preneur contre chacun des sous-locataires

Aucune difficulté sous ce rapport, chaque sous-bailleur étant incontestablement dans la même situation juridique que le bailleur vis-à-vis du preneur primitif.

Les auteurs et la jurisprudence sont d'accord sur ce point¹.

II. Droits accordés aux sous-locataires.

Il n'y a pas de doute tout d'abord qu'il faille reconnaître à tous les sous-locataires, le pouvoir pour chacun d'eux

1. Baudry-Lacantinerie et Wahl, I, n^o 1158 et suiv. ; Guillouard I, n^o 347 ; Aubry et Rau, V, note 18, § 368, Paris, 28 juin 1876 ; D. P., 1878.2.105, note 4-5.

d'exercer, en vertu de l'action oblique de l'article 1166, les droits des sous-preneurs qui l'ont précédé, et qui ont été successivement débiteurs du fait des différentes sous-locations¹.

C'est même là, semble-t-il, le seul droit que l'on puisse reconnaître aux sous-locataires. Nous avons vu, en effet, qu'en ce qui concerne l'action directe, il ne paraît pas possible de l'accorder au premier sous-locataire. Comment, dès lors, les sous-locataires successifs pourraient-ils y avoir droit?

Il y a lieu de remarquer d'ailleurs, que même si l'on devait reconnaître une telle action au premier sous-locataire, il ne saurait être question de l'accorder à tous les sous-locataires qui lui ont succédé. N'étant plus en jouissance ils ne pourraient prétendre à l'exécution des obligations naissant du bail. Seul, donc, le dernier sous-locataire occupant effectif des lieux, pourrait prétendre y avoir droit².

Ajoutons que cette question n'a fait en doctrine l'objet d'aucune controverse, et qu'elle ne s'est jamais présentée, à notre connaissance, devant les tribunaux.

III. Droits du bailleur primitif contre chacun des sous-locataires.

Le problème qui se pose est le suivant : lorsque le bail a fait l'objet de plusieurs sous-locations successives, le bailleur peut-il exercer des poursuites contre chacun des sous-locataires qui se sont succédés? C'est toujours la même question de l'action directe qui se pose; doit-on la reconnaître au profit du bailleur non seulement contre

1. Baudry-Lacantinerie et Wahl, I, n° 1165.

2. Baudry-Lacantinerie et Wahl, n° 1166.

le premier sous-locataire, mais encore contre tous ceux qui l'ont suivi?

Nous avons vu qu'en droit, on ne pouvait pas admettre que le bailleur jouisse de cette action contre le premier sous-locataire. On doit donc conclure en toute logique, que la même solution s'impose vis-à-vis de tous les sous-locataires successifs, et qu'aucune distinction ne doit être faite entre le dernier occupant et les intermédiaires. Qu'il s'agisse de plusieurs sous-locations successives, ou qu'il s'agisse d'une seule, la situation est la même, et la même solution s'impose.

Le bailleur n'a d'autres droits que ceux qu'il tient de son bail contre le preneur originaire; il ne peut en conséquence, exercer contre les sous-locataires que les droits et actions du preneur primitif, dans les limites prescrites par l'article 1166 du Code civil; et il peut seulement invoquer son privilège sur les meubles, même appartenant au sous-locataire actuel, dans la mesure autorisée par l'article 1753 du Code civil¹.

Mais nous avons vu que la jurisprudence a reconnu au profit du bailleur le bénéfice de l'action directe à l'encontre du sous-locataire. Ne doit-on pas admettre dès lors qu'il n'y a plus aucune raison pour soustraire les sous-locataires successifs à l'exercice de cette même action? Ce serait logique.

Pourtant la jurisprudence a adopté une autre solution. Elle reconnaît au bailleur une action directe contre le locataire originaire et contre le sous-locataire en jouissance au moment où il agit, mais non point contre les sous-

1. Baudry-Lacantinerie et Wahl, 2^e édit., t. I, n° 1160; Huc, t. 10, n° 223; J. G. S. « Louage », 264; Planiol et Ripert, *op. cit.*, t. 10.

locataires intermédiaires. Contre ceux-ci elle n'accorde au bailleur que l'action indirecte¹.

Cette position de la jurisprudence est très critiquable pour toutes les raisons que nous avons précédemment exposées et sur lesquelles nous ne revenons pas.

Les tribunaux ont été attirés par un motif unique : l'occupation des lieux par le sous-preneur. Cette occupation cessant par suite d'une seconde sous-location, ils en ont déduit que la cause de l'obligation directe disparaissait, et que par suite le bailleur devait nécessairement être privé de l'action directe.

1. Paris, 29 fév. 1876 (motifs), D. P. 1877.2.224 ; Paris, 7 fév. 1877, D. P. 1878.2.107, S. 1878.2.15 ; Paris, 11 fév., 1879, D. P. 1879.2.135, S. 1879.2.82 ; *contra*, v. Trib. civ. Seine, 21 déc. 1874. *Le droit*, 20 janv. 1875. Ce dernier jugement accorde au bailleur une action directe contre tous les sous-locataires ; v. aussi D. P., 77.1.57.

TITRE IV

Règles particulières à la législation spéciale des loyers

Par cette dénomination de « législation spéciale des loyers », devenue rapidement coutumière, il faut entendre, l'ensemble des textes de lois qui ont réglementé pendant et après la dernière guerre, les différentes matières relatives aux baux à loyer. Législation évidemment provisoire, provoquée par le besoin devenu impérieux de remédier aux graves perturbations d'ordre économique, conséquence de la crise mondiale que nous avons traversée depuis 1914 et qui est loin d'avoir disparu, bien qu'elle soit entrée dans une phase nouvelle que le législateur n'avait pas prévue. Législation hâtive, touffue, à laquelle il a été procédé sans beaucoup d'ordre et de méthode, pressé que l'on était de rétablir, ou de chercher à rétablir, un équilibre qui s'était rompu sous l'influence de certains phénomènes graves, dont les principaux ont été la crise des logements à usage d'habitation et celle des locaux à usage commercial.

Toute cette législation a donné naissance à une jurisprudence confuse, incohérente parfois en raison de l'élasticité de certains textes, souvent contradictoire.

C'est ce qui explique qu'il est très difficile de formuler sur certains points particulièrement délicats, des principes sûrs pouvant servir de règles dans l'avenir. Nous aurons d'ailleurs l'occasion de nous en rendre compte à propos de quelques-unes des matières, touchant la sous-location que nous allons étudier¹.

1. La tâche des interprètes de la loi et de la jurisprudence a été, pour toutes ces raisons, rendue extrêmement complexe, si complexe

Nous n'avons pas la prétention d'examiner ici dans le détail les différents textes de lois qui se sont succédés à intervalles plus ou moins rapprochés depuis 1918. Nous n'y suffirions pas et cela sortirait d'ailleurs de notre sujet.

Le nombre de ces lois est très important. Il est voisin de la trentaine, si ce chiffre n'est pas dépassé ! Le rapporteur au Sénat de la loi du 1^{er} avril 1926 sur les locaux d'habitation, avait dénommé cette loi, la vingt-troisième sur les loyers ! Or il en est survenu bien d'autres depuis, tant en cette matière des locaux d'habitation que sur ce que l'on a appelé très improprement d'ailleurs : la propriété commerciale¹. Sans doute beaucoup de ces lois ne méritent pas qu'on s'y attarde, en raison de leur caractère essentiellement temporaire. Certaines, en effet, furent des lois simplement rectificatives et de mise au point ; d'autres ont cessé d'être appliquées faute de matières ; d'autres enfin ont été abrogées par des textes nouveaux.

Avant d'aborder l'étude que nous nous proposons d'entreprendre sur les règles particulières édictées par la législation spéciale des loyers en matière de sous-location, il nous apparaît nécessaire d'énumérer et d'examiner rapide-

que parfois ils avouent franchement leur impuissance à saisir le nœud de la question. C'est ainsi que M. Archevêque, le chroniqueur apprécié de la *Revue des loyers*, qui s'est livré à une étude très serrée de l'épineuse question des droits des sous-locataires commerciaux, déclare : « Nous avons cru comprendre ; notre solution avait un mérite, un mérite reconnu : la simplicité. Des explications complémentaires nous sont venues, et nous n'avons plus rien compris ! »

1. Sur ce que cette appellation a d'erroné, voir le rapport de M. le conseiller Bricout. Req. 16 novembre 1927, D. H., 1928.161. Il est évident que la propriété commerciale n'est pas uniquement constituée par le droit au bail. Elle comprend en réalité toute une série d'éléments dont le droit au bail n'est pas forcément le plus important. On s'est d'ailleurs enfin décidé à dénommer la législation spéciale sur les loyers à usage commercial : « Législation sur les baux commerciaux », ce qui est beaucoup plus exact et significatif.

emnt les principaux textes de lois qui ont apporté sur ce point des éléments nouveaux.

1° C'est d'abord la loi du 9 mars 1918 dont les effets se sont éteints peu à peu et qui ne présente plus guère aujourd'hui qu'un intérêt rétrospectif. Cette loi établissait d'une part, la réduction des loyers de guerre et, d'autre part, la fameuse prorogation quinquennale.

Elle a été modifiée et complétée par toute une série de lois parmi lesquelles nous citerons principalement : la loi du 23 octobre 1919, et la loi du 31 mars 1922 qui établit la prorogation facultative, laissée à l'appréciation du juge et dont les effets ont expiré le 31 mars 1926.

2° La loi du 20 juillet 1924 prohibant le changement de destination des locaux affectés à l'habitation et réglementant les locations en meublé.

3° La loi du 6 juillet 1925, autorisant la révision des prix des baux à longue durée. Elle a été modifiée et complétée par la loi du 3 avril 1928.

4° Et surtout la loi du 1^{er} avril 1926 modifiée et complétée par celle du 29 juin 1929 réglant les rapports des bailleurs et des locataires de locaux d'habitation.

5° De même que la loi du 30 juin 1926, modifiée et complétée par celle du 21 juillet 1927, sur les baux commerciaux (dite loi sur la propriété commerciale), loi toujours en vigueur, mais sous le coup de nombreuses modifications contenues dans le nouveau projet de loi, toujours à l'étude et sans cesse renvoyé depuis près de deux ans d'une Chambre à l'autre.

6° Enfin la loi du 9 juin 1927 autorisant la révision des baux à ferme.

Ces différentes lois ont fréquemment fait mention des effets attachés à la sous-location. Elles ont édicté à ce sujet

le seul qui nous intéresse dans la présente étude, des règles particulières qui dérogent au droit commun.

Nous nous proposons pour plus de clarté et pour rendre cette tâche un peu moins ardue de les examiner en trois chapitres, nous plaçant tour à tour du côté du sous-locataire, du côté du locataire principal, et finalement du côté du bailleur.

CHAPITRE PREMIER

DROITS DU SOUS-LOCATAIRE

D'une façon générale la législation des loyers s'est montrée favorable au sous-locataire, cherchant toujours, sans doute, avec plus ou moins de précision, à le faire bénéficier des avantages qu'elle a accordés au locataire principal.

Il est nécessaire de distinguer les locations bourgeoises, des locations à usage commercial.

§ 1. *Locations bourgeoises.*

1° L'article 56 de la loi du 9 mars 1918 complété par la loi du 23 octobre 1919 dispose : « Les baux et locations verbales en cours au 1^{er} août 1914 seront prorogés à la demande du locataire, aux conditions fixées au bail et à compter du décret fixant la cessation des hostilités, savoir : 1°..., 2° ceux afférents à des locaux à usage d'habitation, d'une durée de deux années. »

L'article premier de la loi du 31 mars 1922 fixe d'autre part d'une façon précise le point de départ de cette prorogation.

La jurisprudence a reconnu d'une façon unanime que le sous-locataire pouvait prétendre au bénéfice de la prorogation accordée par ces lois, pourvu toutefois que la sous-

location soit antérieure à la promulgation de la loi du 23 octobre 1919.

Nous verrons que pour les locaux à usage commercial une règle différente a été édictée par l'article 2, § 1, de la loi du 31 mars 1922.

2° L'article 2 de la loi du 1^{er} avril 1926, modifié et complété par la loi du 29 juin 1929 accorde expressément aux sous-locataires les mêmes droits à la prorogation que ceux accordés au locataire principal.

Le texte est formel et la jurisprudence tout entière favorable aux sous-locataires.

Le législateur a eu le souci évident de protéger l'occupant actuel des lieux et non pas seulement le titulaire originaire du bail, qui n'est pas intéressant s'il n'est plus dans les lieux.

Bien entendu par sous-locataire, il faut entendre ceux qui sont sous-locataires réguliers de locataires réguliers.

Si tout est régulier les sous-locataires ont un droit propre et direct à la prorogation¹.

Si, au contraire, le locataire dont ils tiennent leurs droits sans l'intervention du propriétaire n'était plus locataire régulier, ayant vu par exemple son bail résilié ou ayant été expulsé, le sous-locataire ne saurait avoir plus de droits que son bailleur.

La jurisprudence est constante dans ce sens et aucune disposition n'est insérée dans le texte qui soit de nature à la modifier².

1. Seine 4 avril 1927, *Rev. des loyers* 1927, 500 ; Rejet, 30 juin 1928, *Rev. loyers*, 1928.854 ; Cass. 27 mai 1928, *Rev. loyers* 1928.854 ; Rej. 15 nov. 1928, *Rev. loyers* 1929-53 ; Trib. civ. Nice 23 oct. 1928, R. L. 1929.269 ; Cass. 31 janvier 1929, *Rev. loyers*, 1929.400 ; Rej. 20 nov. 1930, *Rev. loyers* 1931.114 ; Rej. 5 fév. 1931, *Rev. Loyers*, 1931.415 ; Lyon 17 mars 1930, *Rev. loyers* 931.622.

2. Ch. cons. Seine 22 nov. 1922, *Rev. loyers* 1923-78 ; Cass. 9 nov.

On doit admettre également que la sous-location est irrégulière lorsqu'elle est introduite par le bail. Dans ce cas le sous-locataire ne saurait valablement revendiquer le bénéfice de la prorogation¹.

On peut d'ailleurs se demander à quel titre le sous-locataire agit. Est-ce en vertu d'un droit direct ou bien ne fait-il qu'exercer les droits du locataire principal ? Les deux thèses ont été soutenues. Il a été jugé que les dispositions légales donnant la prorogation aux sous-locataires, n'ont pour effet que de leur permettre de vaincre l'inertie du locataire principal et d'agir aux lieu et place de ce dernier pour exercer les droits réguliers qui sont dans son patrimoine (Rej., 25 oct. 1923, *Rev. Loy.*, 1923.600).

Mais la thèse de l'action directe est plus généralement soutenue : « Le sous-locataire a un droit propre à la sous-location » (Com. sup., 1^{er} août 1929, *Rev. Loy.*, 1930.191; Com. sup. rej., 28 nov. 1929, *Rev. Loy.*, 1930.205; Com. sup. cass., 1^{er} mars 1930, *Rev. Loy.* 1930.687.)

« Il en résulte qu'ayant un droit personnel et direct, il a une action directe contre le propriétaire » (Com. sup. rej., 25 avril 1929, *Rev. Loy.* 1929.742; Com. sup. cas., 31 janvier 1929, *Rev. Loy.* 1929.400; Com. sup. rej., 28 nov. 1929, *Rev. Loy.* 1930.205; Com. sup. rej., 25 avril 1929, *Rev. Loy.* 1929.743; Cass., 30 juin 1931, *Rev. Loy.* 1932, p. 23.)

« Et il a droit à la prorogation même si le locataire

1922, *Rev. loyers* 1923-54; Rej. 25 oct. 1923, *Rev. loyers*, 1923.600; Rej. 18 oct. 1923, Ch. cons. Seine 8 janvier 1924, *Rev. loyers* 1924.227; Cass. 3 avril 1924, *Rev. Loy.* 1924.420; Ch. cons. Seine 1^{er} avril 1924, *Rev. loy.* 1924.460; Seine, 24 nov. 1928; *Rev. Loy.* 1929, p. 52; Com. sup. cas., 31 janv. 1929, *Rev. loy.*, 1929, p. 393; Rej. 18 avril 1931, *Rev. loy.* 1931, p. 530; Rej. 23 juin 1931, *Rev. loy.* 1931, p. 800.

1. Com. sup. rej., 23 fév. 1928, *Rev. loy.* 1928, p. 504; Com. sup. 3 juin 1929, *Rev. loy.* 1929.860.

principal a donné congé » (Cour de Poitiers, 5 nov. 1929, *Rev. Loy.*, 1930, 573).

3° L'action en remboursement des majorations, et en réduction du loyer au prix licite, édictée par l'article 14 de la loi du 1^{er} avril 1926 modifiée par la loi du 29 juin 1929, est accordée aussi bien au sous-locataire qu'au locataire principal, malgré que le texte ne le dise pas expressément (Com. sup. rej. 10 nov. 1927, *Rev. Loy.* 1928.100; ch. cons. Seine, 26 juin 1928, *Rev. Loy.*, 1928.845).

4° Enfin le sous-locataire à qui les lois du 1^{er} avril 1926 et 29 juin 1929 accordent un droit propre à la prorogation, et qui, à ce titre, a des rapports juridiques directs avec le propriétaire des locaux qu'il occupe, peut être fondé à réclamer à celui-ci l'indemnité prévue par l'article 21 de ces mêmes lois, dans le cas où, par l'exercice du droit de reprise, il peut être privé de la prorogation (v. notamment : Com. sup. cass., 26 février 1931, *Rev. Loy.*, 1931, p. 464).

§ 2. Locations à usage commercial.

I. Avant la loi du 31 mars 1922, et bien que, postérieurement à la loi du 23 octobre 1919, la Cour de cassation n'accordait le bénéfice de la prorogation de l'article 56 de la loi du 9 mars 1918, qu'aux sous-locataires et cessionnaires de locaux à usage d'habitation, à l'exclusion des autres¹.

Depuis la loi de 1922 la question ne fait plus de doute. L'article 2, § 1^{er}, accorde en effet expressément aux sous-locataires le droit à la prorogation, et il est assez remarquable de constater que ce droit leur est accordé « quelle

1. V. Cass. civ. 5 janv. 1920 et 2 mars 1920, S. et P. 1920.1.225 ; Pand. pér. 1920.1.225 et la note de M. Huguency.

que soit la date de la sous-location ». Ce qui prouve d'une façon certaine que le législateur a voulu protéger le fonds de commerce et non pas le titulaire originaire du bail.

Le texte ajoute : « Cette disposition ayant un caractère interprétatif, les cessionnaires ou sous-locataires, seront recevables à réclamer la prorogation, nonobstant toute décision contraire, même passée en force de chose jugée, à l'exception seulement des décisions qui auraient été exécutées, et à la condition de formuler leur réclamation dans les formes prévues par la présente loi et au plus tard dans les trois mois de sa promulgation¹. »

II. La question la plus importante en matière commerciale, au point de vue des droits des sous-locataires, est celle soulevée par l'application de la loi du 30 juin 1926 sur le renouvellement des baux à loyer à usage commercial ou industriel, texte toujours en vigueur puisque le nouveau projet de loi sur cette matière, renvoyé sans cesse d'une Chambre à l'autre depuis deux ans n'a pas été voté².

Le sous-locataire a-t-il droit au renouvellement. — Cette question, la première qui se pose en cette matière, est une des plus obscures que la loi du 30 juin 1926 ait fait naître.

Elle a fait l'objet de très nombreuses décisions de justice en contradiction les unes avec les autres, comme de

1. Sur les conséquences de ce caractère interprétatif, reconnu par le législateur à la disposition de l'article 2, § 1 de la loi du 31 mars 1922, voir Cass. ch. réunies, 5 avril 1922, S. 1923.1.103 ; Req. 21 juin 1926, S. 1927.1.101 et notes sous ces arrêts.

2. La loi du 30 juin 1926 fait actuellement l'objet de discussions parlementaires tendant à sa modification et d'une façon générale à son aménagement pratique.

Les principales séances où cette réforme fut discutée furent :

Au Sénat, la séance du mardi 21 juin 1932 (*Débats parlementaires* 1932, Sénat p. 912 et s.).

A la Chambre des députés, la séance du 5 juillet 1932 (*Débats parlementaires*, Ch. des députés, 1932, p. 2.458).

multiples études de doctrine où l'unité ne règne pas d'ailleurs.

Et tout d'abord la première difficulté vient de ce que les sous-locataires ne figurent pas expressément au nombre des bénéficiaires visés par le texte de loi. L'article 2 dispose en effet : « Le locataire, le cessionnaire ou leurs ayants cause qui voudront obtenir le renouvellement... etc... »

Au moment de la promulgation de la loi et jusqu'à la loi du 22 avril 1927 de nombreux commentateurs ont prétendu que cette expression « leurs ayants cause », ne pouvait désigner que les ayants cause universels du locataire primitif, autrement dit les cessionnaires successifs du bail originaire, mais non les ayants cause particuliers de ces derniers, c'est-à-dire leurs sous-locataires partiels.

Depuis la loi du 22 avril 1927 il faut reconnaître que le fondement de la plupart de ces critiques a disparu du fait qu'aux mots « leurs ayants cause », cette loi a substitué ceux de « les ayants cause ». Il y a là sans nul doute une disposition générale plus large dans laquelle les sous-locataires peuvent rentrer plus aisément.

Certes, il eût été préférable que la loi comportât le mot même « sous-locataire », mais peut-on se prévaloir de la généralité d'un terme pour en limiter la portée?

Si la loi avait employé le mot « sous-locataire », il eût été difficile, sinon impossible de contester le droit à la prorogation, comme de nier le lien direct vis-à-vis du propriétaire, question que nous aborderons dans un instant. Le mot « sous-locataire » est remplacé par un terme générique qui l'englobe évidemment. La solution doit-elle être changée?

Il y a lieu, d'ailleurs, de noter que les tribunaux qui, jusqu'alors, se montraient sinon toujours hostiles du

moins hésitants à étendre aux sous-locataires le bénéfice du renouvellement, sont presque tous revenus depuis l'apparition de la loi du 22 avril 1927 à une conception plus favorable des droits de ceux-ci.

Signalons, toutefois, que certaines cours sont demeurées longtemps liées à leur façon primitive de juger la question, décidant notamment que les lois du 30 juin 1926 et 22 avril 1927 étant des lois d'exception, doivent s'interpréter restrictivement, et qu'il ressort de leurs dispositions qu'elles ne sont pas applicables dans les rapports de locataire principal à sous-locataire, d'où il suit que le sous-locataire n'est pas fondé à demander au locataire principal le renouvellement de son bail.

Deux arrêts de la Cour de Paris principalement, en date des 31 mai 1927 et 17 mars 1928¹, ont décidé que le sous-locataire n'avait pas le droit au renouvellement de son bail. Ces deux arrêts, heureusement isolés, s'appuient sur le caractère d'exception de la loi, ce qui est une erreur grave, la loi sur la propriété commerciale, étant une loi de droit commun, lequel, même en matière locative ne s'arrête pas à la guerre, comme inconsciemment beaucoup le croient.

Mais si on laisse de côté ces quelques décisions dissidentes, et si on cherche, comme on doit toujours le faire en matière de législation spéciale des loyers, à établir un principe à peu près stable malgré le chaos des opinions divergentes, il n'y a pas de doute qu'il faille proclamer que le sous-locataire a droit au renouvellement du bail, tout comme le locataire principal. Le tribunal de la Seine a rendu de très nombreuses décisions dans ce sens et son

1, *Gaz. Pal.*, 1928.1.653.

exemple a été suivi d'une façon presque unanime par les tribunaux de province¹.

La Cour de Paris elle-même est revenue sur ses arrêts antérieurs et décide conformément à la loi, que le sous-locataire doit être admis au bénéfice du texte du 30 juin 1926².

D'ailleurs, l'analyse des textes des deux lois sus-indiquées militent d'une façon impérieuse en faveur de cette solution. Pour quelle autre raison, en effet, le législateur aurait-il modifié le texte original si ce n'est pour étendre encore le nombre des bénéficiaires de la loi?

D'autre part, la loi du 30 juin 1926 et celle du 22 avril 1927 sont en harmonie parfaite avec la législation antérieure.

M. P. Esmein³, fait à ce sujet très justement remarquer : « Qu'il ne peut guère être mis en doute que le législateur ait eu l'intention d'assimiler le sous-locataire au cessionnaire du bail. La loi du 31 mars 1922, qui avait réglé antérieurement la question énonçait les sous-locataires à côté des cessionnaires du bail (art. 2) conformément à la législation prorogeant les loyers de locaux d'habitation depuis la loi du 23 octobre 1919 (art. 4). L'ensemble de cette législation donne au cessionnaire et au sous-locataire

1. Seine 19 décembre 1927, *Rev. loy.*, 1928.66; Colmar, 16 mars 1927, *Rev. loy.* 1929.172; Seine 3 fév. 1928, *Rev. loy.*, 1928.162; Seine 18 mai 1928, *Rev. loy.* 1928.916; Limoges, 22 mai 1928, *Rev. loy.*, 1929.301; Cour Douai 13 juin 1928, *Rev. loy.* 1929.327; Seine 2 juill. 1928, *Rev. loy.* 1928.925; Aix 17 oct. 1928, *Rev. loy.* 1929.658; Dijon 13 nov. 1928, *Rev. loy.* 1929.326; Cour Colmar 14 nov. 1928, *Rev. loy.* 1930.114; Lyon 24 mai 1929, *Rev. loy.* 1930.95; Seine 8 fév. 1929, *Rev. loy.* 1929.791; Cass. civ. 10 juin 1929, D. H. 1929.377. V. également Reulos, *Code annoté*, art. 2, p. 16; Robert Martin et Maus, *Traité*, p. 154 et suiv.; Colin de Verdière, D. H. 1929, p. 33; Stambouljian, *Traité prat. de la propriété commerciale*, p. 58.

2. Cour de Paris 24 déc. 1928, *Rev. loy.* 1928.206; Cour de Paris 9 mai 1928, *Gaz. Pal.* 1928.2.23.

3. P. Esmein, *Les lois nouvelles*, 1^{er} janvier 1927.

les mêmes droits de prorogation qu'au locataire à l'égard du bailleur, et la loi du 30 juin 1926, malgré son caractère permanent et le fondement particulier qu'elle trouve dans l'importance du droit au bail comme élément de fonds de commerce, se rattache en fait et historiquement à cette législation des loyers. Le droit de renouvellement de la loi du 30 juin 1926 est une prorogation inspirée des prorogations dont les locataires de locaux commerciaux ont bénéficié parallèlement aux locataires de locaux d'habitation. »

Enfin, il ne faut jamais perdre de vue que le but initial du législateur en matière de propriété commerciale, a été avant tout de protéger le fonds de commerce. Les considérations de personnes ou d'immeubles si elles sont entrées en ligne de compte ne l'ont été qu'à un rang tout à fait secondaire.

Le texte même de l'article premier de la loi du 30 juin 1926 est formel, et ne permet pas de douter que telle ait bien été la pensée du législateur : « Le renouvellement des baux à loyer et immeubles où s'exploite depuis au moins deux ans un fonds de commerce ou d'industrie est régi par les règles ci-après... »

De ce texte il résulte que le fonds de commerce exploité par un sous-locataire doit, en principe, être protégé comme tout fonds de commerce. Il ne faut pas distinguer là où la loi ne distingue pas. M. P. Esmein¹ conclut : « L'objet de la loi étant le maintien de la valeur intégrale du fonds de commerce, elle n'atteint son but, lorsque l'occupant commerçant est un sous-locataire, qu'en donnant à celui-ci un droit personnel au renouvellement. » :

¹ P. Esmein, *Les lois nouvelles*, 1^{er} janvier 1927.

Les travaux préparatoires de la loi du 30 juin 1926 font ressortir clairement la préoccupation du législateur de protéger le fonds de commerce¹. Ils contiennent de longs exposés sur la situation critique des fonds de commerce au milieu de la grave crise des loyers qui a sévi après la guerre, et montrent qu'une protection urgente s'impose.

Il faut reconnaître que sur la question précise des droits des sous-locataires qui nous occupe présentement, les travaux préparatoires ne nous fournissent que peu de précision.

Il est vrai que M. Puech, rapporteur de la loi avec MM. Moraud et Cautru a fait des déclarations sur le sens desquelles il n'est pas possible de se méprendre : « Il est bien entendu tout d'abord que le mot locataire est pris dans son sens le plus large, a-t-il dit. Il s'entend non seulement du locataire originaire, mais de ses ayants cause de tout ordre². »

Un autre argument absolument probant qui vient confirmer tout ce que nous venons de dire, doit être tiré du texte même de la loi du 27 mars 1928 qui a eu pour objet de réglementer temporairement la situation des locataires commerçants et industriels menacés d'expulsion. Cette loi a permis à tout bénéficiaire d'une location à usage commercial ou industriel, s'il est menacé d'expulsion, de citer en conciliation conformément aux articles 2, 3 et 4 de la loi du 30 juin 1926, le propriétaire du local à lui loué et « au besoin celui qui étant lui-même locataire de ce local, lui a sous-loué, et prétend indûment en exercer la reprise ou refuser le renouvellement ».

1. *Revue des loyers*, « Commentaires de la loi du 30 juin 1926 », p. 17 et suiv.

2. V. rapport à la Chambre des députés de M. Puech, du 29 janv. 1925.

En présence d'une manifestation aussi nette de la volonté du législateur, il apparaît vraiment impossible de vouloir exclure plus longtemps du droit au renouvellement les sous-locataires.

Conditions de la sous-location pour donner naissance au renouvellement

Bien entendu pour pouvoir obtenir le bénéfice du renouvellement les sous-locataires devront être des sous-locataires réguliers de locataires réguliers.

a) La sous-location doit être régulière. Si donc elle a été consentie en violation d'une clause du bail, le sous-locataire est dans une situation irrégulière et doit être considéré comme un occupant sans titre. Il ne peut bénéficier de la loi sur la propriété commerciale¹.

La Cour de cassation a d'ailleurs confirmé cette jurisprudence en manifestant d'une façon très nette son souci de vérifier si la sous-location était régulière et notamment si le propriétaire en avait eu connaissance et avait donné son autorisation conformément aux stipulations du bail (Cass. req. 17 fev. 1931. *Gaz. Pal.* 1931-1-690; Cass. civ. 24 déc. 1930).

b) Il est évident d'autre part, que la situation du locataire principal doit être, elle aussi, régulière. Il est à peine besoin d'insister sur ce point. C'est ainsi qu'il a été jugé

1. Cour de Paris, 2^e ch., 28 avril 1932, *Rev. loy.* 1932.563; V. en outre notamment, Trib. de Marseille, 3 nov. 1928, G. P. 1928.1.461; Trib. civ. Seine 6 janv. 1928, G. P. 1928.1.653; Trib. civ. Le Puy, 25 fév. 1928, G. P. 1928.1.653. Si le fait par le locataire principal d'avoir consenti une sous-location irrégulière cause un préjudice au sous-locataire celui-ci ne peut être admis à en demander réparation qu'en vertu des principes généraux du droit civil mais non sous forme d'indemnité d'éviction et par application de la loi du 30 juin 1926. Cour de Paris 28 avril 1932, précité,

que le propriétaire avait un juste motif de refuser le renouvellement à un commerçant si ce locataire au lieu d'occuper par lui-même, comme il en était tenu, la totalité des lieux loués, en a sous loué, et malgré la défense contenue au bail, une partie importante (Cour de Paris, 2^e Ch. 12 nov. 1932. *Rev. Loyers* 1933, p. 61, *Gaz. Trib.* 9 déc. 1932).

c) Enfin il est non moins évident que le sous-locataire doit, pour avoir droit au renouvellement être à la tête d'un fonds de commerce qu'il exploite personnellement et d'une façon effective dans les lieux sous-loués (Cass. req. 2 avril 1930, *Rev. Loyers* 1930.1034). S'il avait cédé son fonds de commerce il serait sans droit à invoquer le bénéfice de la loi du 30 juin 1926 (Trib. civ. Limoges 2 mai 1928, *G. P.* 1929.1.97).

La loi du 30 juin 1926, nous l'avons déjà dit, a essentiellement voulu protéger le fonds de commerce et non pas seulement le titulaire du bail, lequel peut parfois n'être que le gérant, ou même un auxiliaire du fonds, et non pas l'exploitant véritable. Les tribunaux ont décidé d'une façon unanime que seul l'exploitant véritable du fonds pouvait faire valoir ses droits au renouvellement, jamais le gérant (Douai, 7 mars 1928, *Rec. Douai*, 1928.1.81 ; Trib. civ. Seine, 30 déc. 1928, *Rev. log.*, 1929.315).

Il faut d'ailleurs que l'exploitation présente un caractère de permanence suffisant, et que notamment elle ait duré un certain temps.

Toutes ces décisions font bien ressortir que le législateur a voulu attacher le droit de renouvellement au fonds de commerce et non pas l'accorder à n'importe quelle personne pouvant se trouver dans les lieux¹.

1. V. Trib. civ. Lille 13 mars 1928, S. 1928.2.53 ; Douai 13 juin 1928, *Rec. Douai*, p. 216.

Comment le sous-locataire exerce-t-il son droit au renouvellement ? — Et tout d'abord à qui va-t-il adresser sa demande ?

L'article 2 de la loi du 30 juin 1926 prescrit que la demande de renouvellement doit être faite dans certaines conditions de forme et de délai, à peine de nullité et de déchéance. Il importe donc au plus haut point que le sous-locataire sache à qui s'adresser. Est-ce seulement au bailleur qui est en définitive le maître de la chose, est-ce au contraire au locataire principal duquel il tient ses droits ? ou bien doit-il mettre en cause l'un et l'autre ?

La question est très délicate et a été résolue différemment par les tribunaux, suivant l'opinion que ceux-ci se sont fait de la nature de l'action du sous-locataire. Nous pensons d'ailleurs que ces opinions différentes ont été principalement conditionnées par la diversité des cas d'espèces qui se sont présentés en pratique.

Il nous apparaît dès lors qu'il est indispensable de tenir largement compte de ce facteur primordial pour l'étude de cette question particulièrement délicate.

Trois hypothèses principales sont à envisager :

Première hypothèse. — Le droit de renouvellement invoqué par le sous-locataire ne dépasse pas les limites du temps restant encore à courir pour le locataire principal ; un exemple nous fera mieux saisir le cas dont il s'agit : A locataire principal d'immeuble est titulaire d'un bail qui lui assure encore une durée de jouissance de dix années ; B son sous-locataire arrive au terme de son sous-bail, et sollicite le renouvellement. Il est évident que dans cette situation A possède des droits suffisants pour satisfaire B son sous-preneur.

En pareil cas il ne paraît pas y avoir d'hésitation possi-

ble. C'est seulement au locataire principal que le sous-locataire doit adresser sa demande de renouvellement. Le propriétaire n'a en effet aucune qualité pour intervenir puisqu'il reste lié avec le principal locataire, et on ne voit pas comment il pourrait disposer de tout ou partie de son immeuble tant que dure le bail principal.

Il en résulte que la demande que le sous-locataire adresserait au propriétaire serait sans intérêt (Bordeaux, 8 mai 1928, *G. P.*, 1928.2.135), on peut même aller jusqu'à dire, pour être logique, qu'elle est irrecevable et que dans ces conditions si le sous-locataire n'a pas pris la précaution d'adresser en même temps sa demande au principal locataire, il peut perdre le bénéfice de renouvellement.

C'est donc au locataire principal à accorder le bénéfice de la loi, à moins, bien entendu, qu'il ne puisse invoquer des motifs légitimes de fait contre le sous-locataire et ce en vertu de l'article 4 de la loi.

Il est évident d'autre part que le principal locataire peut toujours s'il le préfère payer l'indemnité d'éviction pour pouvoir reprendre son local (Seine, 1^{re} Ch., 3^e sect., 12 févr. 1929).

La loi n'a pas institué une prorogation, mais simplement une obligation alternative. L'article 5, nous le savons, ne peut jamais être revendiqué par le principal locataire. La possibilité de reprise sans indemnité n'appartient qu'au propriétaire. En effet ce droit de reprise tient son origine dans la reconnaissance du pouvoir du propriétaire de disposer de sa chose lorsqu'il en a personnellement besoin. C'est l'œuvre d'une transaction entre la propriété foncière et la propriété commerciale. On comprend fort bien dès lors que le locataire principal en soit exclu.

Deuxième hypothèse. Le bail principal expire en même temps que la sous-location.

Nous croyons que dans ce cas on doit répondre, si tant est que dans l'enchevêtrement des décisions de jurisprudence on puisse formuler un principe certain, que c'est au bailleur qu'il incombe d'accorder le renouvellement et que c'est en conséquence à lui que le sous-locataire devra s'adresser.

Troisième hypothèse. — Le bail principal est encore en cours au moment où le sous-locataire sollicite le renouvellement, mais le locataire principal n'a pas une durée de jouissance assez longue pour satisfaire complètement le sous-locataire.

Il semble difficile d'affirmer que dans ce cas c'est au propriétaire plutôt qu'au locataire principal qu'il incombe d'accorder le renouvellement. Les solutions de la jurisprudence sont très hésitantes sur ce point; un grand nombre d'entre elles estiment d'ailleurs que l'un et l'autre doivent intervenir pour remplir le sous-locataire de ses droits. Il en résulte que celui-ci devra les mettre tous les deux en cause.

Cette solution, en somme assez logique, nous paraît devoir l'emporter.

C'est dans ces deux dernières situations, principalement dans la seconde que s'est posée la très délicate et très complexe question de la nature de l'action du sous-locataire.

Pour poser le problème de façon très nette et très précise, il faut se demander si le sous-locataire jouit à l'encontre du bailleur d'une action directe, ou simplement de l'action oblique de l'article 1166 du Code civil.

On conçoit tout l'intérêt de cette question qui va déci-

der dans une large mesure des droits du sous-locataire. Il est à peine besoin de rappeler les avantages considérables de l'action directe sur l'autre. Etant donné le nombre des sous-locations, la question est d'importance.

Malheureusement pour résoudre ce problème capital les données manquent : la loi du 30 juin 1926 est muette, les travaux législatifs inexistant¹, la doctrine imprécise et divisée, les tribunaux hésitants et embarrassés.

L'action directe. — N'hésitons pas à dire pour entrer tout de suite dans le cœur du sujet que la jurisprudence après bien des hésitations et bien des contradictions a pris finalement presque unanimement parti pour l'action directe².

La jurisprudence a évidemment été impressionnée par les avantages considérables que l'action directe confère au sous-locataire. Partant de cette observation originaire, elle a essayé de fonder en droit la théorie de l'action directe.

1. M. Archevêque, qui s'est livré à une étude approfondie des discussions législatives qui ont eu lieu sur la question conclut en ces termes : « Ce qu'on peut affirmer à leur sujet, c'est que la question n'a pas été vue, pas plus lors de la discussion de la loi principale, que lors de celle du 27 mars 1928. » Que nos lecteurs nous fassent confiance sur ce point, ou qu'ils prennent le soin laborieux de relire, ainsi que nous nous y sommes sérieusement astreints, tous les travaux parlementaires, ils arriveront à la conviction que rien d'utile ne peut être tiré des discussions parlementaires, au contraire ; elles n'éclairent pas la partie de la loi qui nous intéresse. *Rev. loyers* 1929, p. 376.

2. Cour de Lyon 30 janv. 1927, *Rev. loy.* 1928.617 ; Trib. Colmar 16 mars 1927, *Rev. loy.* 1929.172 ; Trib. Seine 14 nov. 1927, *Rev. loy.* 1928.55 ; Cour de Lyon, 30 nov. 1927, D. H. 1928.110 ; Trib. Lille, 6 déc. 1927, G. P. 1928.1.657 ; Trib. Seine, 19 déc. 1927, D. H. 1928.111 ; Cour de Lyon, 16 janv. 1928, *Rev. loy.*, 1929.192 ; Trib. Seine 3 fév. 1928, *Rev. loy.* 1928.162 ; Trib. du Puy 25 fév. 1928, G. P. 1928.1.657 ; Cour de Douai, 13 juin 1928, *Rev. loy.* 1929.193 ; Trib. Seine 2 juill. 1928, *Rev. loy.* 1928.931 ; Cour Dijon, 13 nov. 1928, G. P. 1929.1.97 ; ce dernier arrêt rendu sous la présidence de M. Gauguier, particulièrement bien motivé. Paris 4 nov. 1930, *Rev. loy.* 1931-382 ; Paris 7 mars 1931, *Rev. loy.* 1931-659 ; Cassation 30 nov. 1931, *Rev. loy.* 1932-188 ; Cassation 8 fév. 1932, *Rev. loy.* 1932-487 ; Paris, 22 avril 1932, *Rev. loy.* 1932-560 ; Cassation 5 juillet 1932, *Rev. loy.* 1932-858. Voir aussi Stambouljan, *op. cit.*, p. 62.

Pour y parvenir elle s'est appuyé sur ce fait indéniable, il faut le reconnaître, que le législateur a voulu avant tout protéger le fonds de commerce, et que dans ce but il n'est pas douteux qu'il ait cherché à écarter les règles du droit commun.

Cette observation primordiale sert de base à tout le raisonnement sur la matière. Écoutons d'ailleurs pour nous en convaincre ce qu'exprime avec une grande netteté en particulier un arrêt de la Cour d'appel de Dijon du 13 novembre 1928¹ : « Considérant qu'ainsi que l'a nettement exprimé le rapporteur de la loi à la Chambre, le renouvellement n'est pas organisé en considération de la personne, mais en considération du fonds de commerce; que les dispositions successivement votées ont été inspirées par le souci de protéger le fonds, une richesse, un patrimoine, et que, constamment, au cours de la discussion, s'affirme la volonté de sauvegarder « la propriété commerciale » et d'assurer à celui qui a valablement créé un fonds de commerce ou qui l'exploite régulièrement dans les lieux occupés à l'expiration du bail, le droit de continuer à bénéficier de cet actif, par un renouvellement de son bail, ou, en cas de refus sans motif légitime, le droit d'obtenir une indemnité d'éviction... »

De la volonté ainsi manifestée par le législateur, l'arrêt de Dijon conclut que la loi du 30 juin 1926 a dû nécessairement déroger au droit commun, en imposant au propriétaire des obligations exceptionnelles même à l'égard de personnes auxquelles aucun lien juridique ne l'unissait, par le seul fait que ces personnes ne pouvaient bénéficier

1. D. H. 1929-90. Cet arrêt a été rendu sous la présidence de son éminent premier président, M. Gauguier.

avec lui, par une sorte de copropriété, de l'un des avantages attachés à son immeuble.

Telle est bien la thèse de l'action directe.

Ses partisans font remarquer d'ailleurs que le sous-locataire peut parfaitement invoquer un droit propre et personnel contre le propriétaire. Ne se trouve-t-il pas en effet compris dans l'expression « Les ayants cause » visés par l'article 2 de la loi ?

Tout ce que nous avons précédemment dit sur cette question milite en faveur de cette thèse. Dès lors pourquoi chercher à refuser au sous-locataire ce que la loi lui accorde d'une façon suffisamment claire et précise pour que le doute puisse exister.

Faisant état de la thèse de l'action directe de nombreux tribunaux décident que le droit du sous-locataire vis-à-vis du propriétaire existe quand même le bail du locataire principal serait expiré¹.

L'action oblique. — La thèse du droit direct clairement reconnu par la jurisprudence est-elle à l'abri de toute critique ?

De nombreux auteurs ne l'ont pas pensé et estiment au contraire qu'il y a de sérieuses raisons de douter qu'elle est bien conforme à la loi².

Elle repose, dit M. Colin de Verdière, sur une conception

1. Cf. Reulos, *Code annoté*, p. 19, et la jurisprudence citée. Trib. civ. Seine 9^e ch., 19 déc. 1927, D. H. 1928, III, G. T. 1928.245, *Rev. loy.* 1928, 66; Le Puy, 25 févr. 1928; Lille, 6 déc. 1927; Nantes, 21 déc. 1927 précités. Cf. également deux études doctrinales en sens contraire, l'une de M. Paul Esmein, « Lois nouvelles » (janv. 1927, première partie, p. 10 et suiv.). L'autre de M. Laborde-Lacoste, *Sem. jur.* 1927, p. 273 et s.; v. également M. Archevêque, *chron. Rev. loy.* 1929, p. 369 et s.; Stambouliau, *Traité prat. sur la propriété commerciale*, p. 62 et 63.

2. Robert Martin et René Maus, *Traité sur la propriété commerciale*, p. 155 et suiv.; J. Colin de Verdière, D. H. 1929, p. 35.

juridique de la sous-location qui est en contradiction avec tous les caractères juridiques que depuis de longues années lui attribue la jurisprudence.

« Sans doute aux termes de l'article 1753 du Code civil, le sous-locataire est tenu envers le propriétaire jusqu'à concurrence du prix de sa sous-location dont il peut être débiteur à l'époque de la saisie; mais cela ne veut pas dire que le bailleur ait, sans conteste, une action directe contre le sous-locataire à raison des obligations issues du contrat de sous-location. C'est là une question très discutée, tant en doctrine qu'en jurisprudence, et la majorité des décisions de justice décide que, s'il y a lieu d'attribuer, en vertu de l'article 1753 du Code civil une action directe au bailleur contre le sous-locataire, c'est uniquement en ce qui concerne la créance de loyers visée par l'article 1753 (Daloz, *Nouv. Code civ., ann.*, art. 1717, n° 101).

Mais encore une fois, cela ne veut pas dire qu'à tout autre point de vue le bailleur ait une action directe contre le sous-locataire, ni surtout, que ce dernier ait jamais eu, de son côté, une action directe contre le propriétaire, avec lequel il n'a pas traité, puisqu'il n'a traité qu'avec le sous-locataire »

Poursuivant son raisonnement avec une logique imperturbable, M. Colin de Verdière se demande comment on peut admettre la thèse du droit direct du sous-locataire à l'encontre du propriétaire, au point de vue du renouvellement du bail et de l'application de la loi du 30 juin 1926 ? Nous touchons là évidemment au point sensible de la question : « Il aurait fallu, tout au moins, si telle était la volonté du législateur de 1926, qu'il l'eût dit expressément, puisqu'il s'agirait alors de déroger à une règle traditionnelle admise par la jurisprudence antérieure. Or, non seulement

le législateur de 1926 ne l'a pas dit, mais il a dit le contraire, puisque l'article 2, alinéa 1 de la loi du 30 juin 1926, énumérant les différentes catégories de personnes pouvant bénéficier du renouvellement, précise que ce sera : le locataire, le cessionnaire ou les ayants cause. Personne ne niera qu'il existe une antinomie évidente entre le droit direct et la qualité d'ayant cause. Si c'est comme ayant cause que le sous-locataire peut agir en renouvellement, ce n'est pas un droit direct qui lui est conféré à l'égard du propriétaire mais seulement l'action oblique de l'article 1166 du Code civil; il va agir, à l'égard du propriétaire, comme exerçant les droits du locataire principal dont il est l'ayant cause. Que le législateur de 1926 l'ait voulu ou non, il nous paraît évident que c'est la conclusion juridique qu'il faut nécessairement tirer des termes mêmes du texte. »

D'autres auteurs¹ ne vont pas jusqu'à dire que le législateur a refusé au sous-locataire une action directe à l'encontre du propriétaire, mais ils n'en concluent pas moins que la loi du 30 juin 1926 n'a rien modifié à l'état de chose établi par ailleurs par la jurisprudence du droit commun : « Il semble que la thèse qui aboutit à accorder un droit direct au sous-locataire ait été, presque tout le temps, dans l'esprit du législateur. Dans le texte qu'il a voté, il confond, à peu près continuellement, ces deux mots « bailleur » et « propriétaire » et les emploie indifféremment dans le même sens. Mais, cependant, à aucun moment, dans la loi, il n'est expressément indiqué que la situation juridique du sous-locataire à l'égard du propriétaire de l'immeuble sera différente, lors du renouvellement du bail, de ce qu'elle est dans les autres circonstances. Les rapports entre sous-

1. Robert Martin et René Maus, *op. cit.*, p. 155 et suiv.

locataires et propriétaires ont été lentement établis au cours du xix^e siècle par une jurisprudence bien assise. Il ne paraît pas possible dans le silence de la loi du 30 juin 1926, de décider qu'un droit nouveau a été institué sur ce point. » Ce raisonnement un peu subtil n'est pas de nature à nous satisfaire. Il contient en tout cas une contradiction évidente qu'il n'est pas possible de ne pas relever. En effet si l'on reconnaît que le législateur a eu l'intention d'accorder au sous-locataire un droit direct à l'encontre du bailleur, comment peut-on dire que la loi du 30 juin 1926 n'a cependant rien voulu modifier des rapports entre sous locataire et propriétaire ?

Si on doit refuser au sous-locataire l'action directe, pour ne lui reconnaître que le droit d'exercer l'action oblique de l'article 1166, on arrive à cette conséquence logique que le sous-locataire ne saurait avoir plus de droit que le locataire principal. Dès lors si celui-ci n'a aucun droit au renouvellement du bail, le sous-locataire n'en aura pas davantage.

C'est ce qu'a très bien précisé le Tribunal de Lille notamment dans un jugement du 6 décembre 1927¹ : « Attendu, dit-il, qu'un droit direct contre le propriétaire ne saurait être tiré par le sous-locataire de cette seule qualité; qu'à ce titre il n'est qu'un ayant cause du locataire principal et ne pourrait qu'exercer indirectement les droits de son auteur, si celui-ci n'y pourvoyait pas lui-même; qu'il serait inadmissible qu'au moyen de tractations étrangères au propriétaire, un locataire principal puisse lui imposer un sous-locataire bénéficiant, à son égard, de droits particuliers, et qu'on comprend très bien que le législateur

1. Lille, 6 déc. 1927, D. H. 1928.14.

n'ait pas pris des dispositions spéciales en faveur des sous-locataires sans distinction, laissant aux tribunaux le soin d'apprécier, selon les cas, si leur situation juridique rentre dans les dispositions établies par la loi en faveur des locataires, des cessionnaires ou ayants cause; que la situation à l'égard du propriétaire est nécessairement et avant tout réglée selon le bail principal qu'il a consenti et auquel le locataire principal a dû se conformer¹. »

La conséquence du défaut de reconnaissance d'un lien direct au profit du sous-locataire à l'encontre du propriétaire n'est pas injuste, disent les partisans de cette façon de voir; elle est simplement logique.

« Le législateur de 1926, conclut M. Colin de Verdière, ne les a pas délibérément évincés; il leur a donné les mêmes droits qu'aux locataires, mais comme ayants cause du locataire principal seulement et pourvu que, vis-à-vis du propriétaire, leur titre de sous-locataire soit régulier. »

Sans doute fait remarquer M. Reulos² : « La thèse du sous-locataire ayant cause, aura pour résultat de le priver du bénéfice de la loi dans un grand nombre de cas puisque son action sera mise en échec par toutes les exceptions opposables à son auteur; mais en revanche cette opinion a l'avantage de demeurer dans le cadre des rapports juridiques créés entre les parties par le contrat de sous-location. »

1. Dans le même sens : Cour Bordeaux 8 mai 1928, *Rev. loy.* 1929-83; Saint-Malo, 18 mai 1928, *Rev. loy.* 1929.83; Lille, 11 déc. 1928, *Rev. loy.* 1929.302; Colmar, 14 nov. 1928, *Rev. loy.* 1929.777; Paris, 24 déc. 1928, *Rev. loy.* 1929.435; Lille, 16 avril 1929, *Rev. loy.* 1929.777; Cass. civ. 10 juin 1929, D. H. 1929.377.

2. Reulos, *Code annoté*, art. 2, § 1^{er}, p. 16. V. également Robert-Martin et Maus, *Traité sup.*, 255, 1 à 263.

CONCLUSION

Si l'on pousse jusqu'au bout cette opinion de certains auteurs et de certains tribunaux on arrive à des conséquences, logiques sans doute, mais extrêmement dures pour le sous-locataire.

En effet si le locataire principal n'a pas droit au renouvellement, soit parce qu'il n'est pas commerçant, soit parce qu'il a renoncé à son droit de renouvellement, le sous-locataire n'aura pas plus de droit que lui, à l'égard du propriétaire, sauf celui de l'exercer à sa place, s'il existe dans le patrimoine du locataire principal.

Des exemples précis nous ferons mieux saisir l'acuité de la question.

1° Un fonds de commerce est exploité depuis vingt ans par le même sous-locataire son auteur est étranger. D'après la thèse de l'action oblique, le sous-locataire, est sans droit à demander le renouvellement.

2° Supposons que le bail principal soit renouvelé sur la demande du sous-locataire qui occupe les lieux effectivement, et que le locataire principal ne payant pas le propriétaire fasse jouer la clause résolutoire contenue au bail. Le bail principal se trouvera résilié et, malgré la protection légale le sous-locataire deviendra occupant sans titre !

Dans l'un et l'autre cas le fonds de commerce n'est pas protégé.

Est-ce bien le résultat cherché par le législateur ?

En l'absence de tout esprit de parti-pris, nous estimons sincèrement que non. Est-il besoin de rappeler une fois de plus que le législateur a eu principalement en vue la protection du fonds de commerce et non pas celle du titulaire plus ou moins direct du bail.

La loi, a dit M. Ropers, d'une façon très heureuse en un article publié dans *Les lois nouvelles*, a pour objet essentiel d'assurer la perennité du fonds de commerce. Le droit au renouvellement a donc été institué en considération du fonds de commerce.

Ce premier point est incontestable et d'ailleurs incontesté.

Nous devons nous demander dès lors quelle est en ce qui concerne les sous-locataires, l'interprétation du texte qui aboutit le mieux au résultat recherché par le législateur : la thèse du lien direct ou celle de l'action oblique.

Sans hésiter, nous répondrons que c'est la thèse du lien direct. Elle est en harmonie avec le principe que nous venons d'énoncer. Prenons un exemple très simple et qui se rencontre très souvent en pratique : Supposons que le locataire principal n'est pas ou n'est plus commerçant. Il n'a donc pas droit au renouvellement. Donc si on ne reconnaît pas au sous-locataire le lien de droit direct à l'encontre du propriétaire, il sera contraint et forcé d'employer l'action oblique et alors il n'aura pas plus droit au renouvellement que le locataire principal. Résultat en contradiction flagrante avec l'esprit de la loi.

Si, au contraire, on admet l'existence du lien direct entre sous-locataire et propriétaire, le sous-locataire peut valablement demander et obtenir le renouvellement de son bail ce que de très nombreuses décisions ont sanctionné.

« Le bénéfice de la loi, dit M. Trasbot¹, ne saurait être invoqué par un locataire principal en sa seule qualité de locataire principal, même s'il a sous-loué lui-même à des commerçants, car le principal locataire, en cette seule

1. Trasbot, prof. à la Faculté de droit de Rennes (Passage extrait du *Recueil périodique Dalloz*).

qualité, n'est pas commerçant et n'a pas de fonds de commerce dans le sens que nous attachons à ce mot. Autrement dit dans la mesure des locaux qu'il occupe, le sous-locataire au moment de la fin du bail principal, exerce les droits du locataire principal qui s'efface définitivement : il a un droit direct. »

Sans doute le législateur n'a pas expressément mentionné le sous-locataire dans la liste des bénéficiaires du droit au renouvellement, ce qu'il eût évidemment mieux fait de faire, mais nous estimons qu'en matière de juridictions spéciale sur les loyers, juridiction hâtive et imprécise, il faut souvent raisonner plus en fait qu'en droit. Il est certain que juridiquement parlant la thèse de l'action indirecte peut se soutenir ; elle est même bien déduite, mais elle conduit à des conséquences si manifestement contraires à la volonté du législateur et au but clairement exprimé par ailleurs du texte de loi, qu'on doit sans hésiter l'écarter.

Il nous apparaît impossible d'affirmer que la loi éloigne du bénéfice de l'action directe la quasi-unanimité des sous-locataires. Et c'est à ce résultat qu'on aboutirait si l'on décidait que le sous-locataire ne peut avoir plus de droit que son auteur, le locataire principal : ce dernier pris en cette seule qualité n'ayant en somme jamais droit au bénéfice de la loi.

Il faut donc conclure, comme l'a fait d'ailleurs la grosse majorité des tribunaux que l'action directe existe bien au profit du sous-locataire contre le propriétaire.

Indiquons enfin pour être complet que c'est en la personne du demandeur au renouvellement, dans ses actes, et dans ses contrats, qu'il faudra apprécier les conditions d'existence du droit à son profit.

M. P. Esmein¹ s'exprime ainsi sur ce point: « c'est en la personne du sous-locataire que doivent être réunies les conditions d'exercice de ce droit (ainsi que le caractère de commerçant ou assimilé de l'art. 18) la durée d'exploitation de deux ou neuf ans (sauf peut-être, la possibilité de joindre à sa propre exploitation celle de son auteur); c'est contre lui que devront exister les motifs graves et légitimes de refuser le renouvellement (art. 4); de même que c'est par rapport à lui que sera apprécié le préjudice justifiant et déterminant l'indemnité. Tout cela s'impose du moment que le sous-locataire invoque un droit personnel.

Et la même raison entraîne la même décision quant à la détermination du bail qui doit être pris pour base aux points de vue indiqués plus haut. »

La loi du 30 juin 1926, aux différents points de vue envisagés, établit elle-même les droits de l'occupant locataire ou sous-locataire. Il n'y a donc pas lieu de se reporter aux contrats passés avec le locataire en premier.

1. P. Esmein, « Les lois nouvelles », 1^{er} janvier 1927.

CHAPITRE II

DROITS DU LOCATAIRE

La législation spéciale des loyers, qui est conçue dans un esprit évident de protection du locataire lorsque celui-ci occupe effectivement les lieux, contient au contraire des restrictions très importantes de ses droits lorsqu'il s'est substitué dans les lieux un sous-locataire ou un cessionnaire.

Cela se conçoit fort bien si l'on considère que le législateur a cherché avant tout à protéger en matière de location bourgeoise : l'occupant des lieux, et en matière commerciale : le fonds de commerce.

Il y a lieu encore de distinguer les locations bourgeoises des locations à usage commercial et industriel.

A. Locations bourgeoises.

1. Rappelons que d'une façon générale, le droit à la prorogation des lois du 9 mars 1918 (art. 56) et du 1^{er} avril 1926 complétée par la loi du 29 juin 1929 (art. 2) est accordé au sous-locataire si c'est lui l'occupant effectif des lieux.

Il faut évidemment que la sous-location soit régulière et n'ait pas été faite notamment en fraude des droits du propriétaire.

Nous n'insistons pas davantage sur ce point qui a déjà fait l'objet d'une étude particulière dans un paragraphe

précédent et qui ne présente d'ailleurs pas de difficulté en pratique.

2. Les avantages que le locataire tire de la loi, et notamment le droit à la prorogation, ne lui sont concédés qu'à charge par lui d'en jouir personnellement.

S'il cherche à faire argent de la prolongation de bail obtenue, il n'est plus intéressant aux yeux du législateur qui a prévu des sanctions en cas d'infraction au principe de la jouissance personnelle clairement exprimé dans les différents textes de lois.

C'est ainsi que l'article premier, avant-dernier alinéa de la loi du 31 mars 1922 dispose que : « Tout locataire qui, appelé à bénéficier d'une prorogation, a sous-loué ou sous-louera avec bénéfices, sans accord préalable avec le propriétaire, devra supporter, pour le temps correspondant à la durée de cette sous-location, une augmentation du prix du loyer originaire proportionnée aux bénéfices réalisés. »

Cette disposition est toujours en vigueur, l'article 29 de la loi du 1^{er} avril 1926 n'ayant abrogé que les titres II et III de la loi du 31 mars 1922.

Elle s'applique d'ailleurs de par sa place, aux locaux à usage commercial comme aux locaux à usage d'habitation.

3. Une disposition analogue résulte de l'article 4 de la loi du 1^{er} avril 1926 modifiée par la loi du 29 juin 1929, qui exclut du bénéfice de la prorogation « les locataires qui contrairement aux clauses du bail ont loué ou loueront la majeure partie des locaux sans l'assentiment écrit du propriétaire¹. »

1. Jugé que même si la sous-location était permise pendant le bail, une autorisation écrite est nécessaire pour sous-louer la majeure

4. De même encore la loi du 29 juin 1929, article III frappe de déchéance le locataire bénéficiaire de la prorogation qui n'exécute pas les obligations mises à sa charge ou ne jouit pas des locaux « en bon père de famille ». Jugé notamment que constitue un abus de jouissance entraînant déchéance du droit à la prorogation la sous-location contraire aux termes du bail (Rej., 20 oct. 1927, *Rev. loy.*, 1927.786; Rej., 8 juin 1928, *Rev. loy.*, 1928.856.)

Ces dispositions sont très légitimement favorables au propriétaire. Il ne convient pas encore une fois, que le locataire, bénéficiant d'une prorogation, tire de l'immeuble, sans l'assentiment du propriétaire, un profit qui s'ajoute pour lui au bénéfice de la limitation des prix des loyers.

5. D'autre part la faculté de sous-louer qui appartient à tout locataire, se trouve encore restreinte dans certains cas exceptionnels. C'est ainsi que la loi du 20 juillet 1924, article 1 et 3, interdit les sous-locations en meublé, lorsqu'elles ont pour origine la transformation des locaux d'habitation antérieurement loués nus.

B. Locations à usage commercial.

1. La loi du 30 juin 1926 (art. 9) dispose que « sauf motif légitime », le droit au bail dont le renouvellement aura été obtenu ne pourra être cédé par les locataires que s'ils ont personnellement exercé pendant trois ans au moins le commerce dans l'immeuble loué.

partie pendant la prorogation (com. sup. Cass. 9 juin 1928, *Rev. loy.* 1930.70).

En sens contraire : La prorogation ayant lieu aux conditions du bail, la sous-location est possible sans autorisation si elle était permise au bail (com. sup. rej. 3 juin 1929, *Rev. loy.* 1929.872; com. sup. rej. 6 juin 1929, *Rev. loy.* 1928.875), même s'il s'agit de la majeure partie (com. sup. rej. 31 oct. 1929, *Rev. loy.* 1930-1129, etc.).

Et le texte ajoute : « En cas de cession consentie par un locataire ne remplissant pas cette condition, le renouvellement sera considéré comme nul et non avenu, et le bail résilié¹. »

2. En outre le propriétaire peut s'opposer au renouvellement du bail d'un commerçant si le locataire au lieu d'occuper par lui-même, comme il en était tenu, la totalité des lieux loués, en a sous-loué, et malgré la défense contenue au bail, une partie importante (Cour de Paris, 2^e Ch, 12 nov 1932, *Rev. loy.*, 1933, p. 61, *Gaz. Trib.*, 9 déc. 1932).

1. Il a été jugé que cet art. 9 a un caractère exceptionnel et ne s'appliquerait donc pas à l'apport du bail en société, qui n'équivaut pas à une cession (Paris, 24 févr. 1927, *Gaz. trib.* 18 mars 1927 et la note).

CHAPITRE III

DROITS DU BAILLEUR

D'une façon générale également les droits du bailleur comportent plutôt une restriction sauf cependant dans certains cas exceptionnels.

I. Restrictions aux droits et pouvoirs du bailleur.

1. Le droit de reprise que le propriétaire tire de l'article 5 de la loi du 29 juin 1929 peut être mis en échec lorsqu'il y a de sa part, abus de droit.

L'abus de droit est suffisamment prouvé si le propriétaire a sous-loué en meublé d'autres appartements repris (Com. sup. rej., 5 juill. 1930, *Rev. Loy.* 1930.1134; Com. sup. rej., 19 fév. 1930, *Rev. Loy.* 1931.428).

2. De même encore, le propriétaire qui a exercé le droit de reprise doit, aux termes de l'article 7 occuper ou faire occuper les lieux par les bénéficiaires pour le compte de qui il les avait réclamés, dans un délai de trois mois à dater du départ du locataire et pendant une durée minimum de trois ans, sinon il encourt les sanctions édictées audit article.

Jugé que ne remplit pas les conditions de la loi, le propriétaire qui sous-loue la majeure partie des lieux (Com. sup. rej., 3 mai 1930, *Rev. Loy.*, 1930.934).

Toutefois si le propriétaire n'avait sous-loué qu'une partie des lieux, et occupait effectivement l'autre partie les sanctions de l'article 7 ne seraient pas encourues (Com. sup. req., 20 juillet 1929, *Rev. Loy.*, 1930.72).

II. Extension des droits et pouvoirs du bailleur.

1. L'article 11 alinéa 5 dispose : « En cas de sous-location non autorisée par écrit, et si le locataire conserve le bénéfice de la prorogation, le propriétaire pourra exiger, pendant la durée de la sous-location, un supplément égal à 30 % de la valeur locative en 1914 des locaux sous-loués. »

Un locataire qui a sous-loué avec l'autorisation écrite de son propriétaire n'a aucun supplément à payer; le propriétaire est censé avoir tenu compte de cette faculté en fixant le prix de son loyer.

Un locataire qui sous-loue la majeure partie de son appartement sans autorisation écrite de son propriétaire n'a pas non plus à payer de supplément; il contrevient à la loi; il est privé de la prorogation par l'article 4 alinéa 5 et il peut être expulsé.

Le locataire qui, au contraire, sous-loue la minime partie de son appartement sans autorisation écrite du propriétaire contrevient à la convention; mais la loi d'office l'y autorise par son article 4 alinéa 5 et lui donne la prorogation. C'est en compensation de cette faveur que la loi permet au propriétaire de lui réclamer 30 % du prix de 1914 de la partie sous-louée¹.

2. L'article 3 de la loi du 6 juillet 1925 modifié par la loi du 3 avril 1928 dispose : « En cas de cession de bail ou de sous-location, même postérieure au 24 octobre 1919 le

1. *Rev. loy.*, commentaires loi 29 juin 1929, p. 171; Débats parlementaires : Sénat, séance 28 juin 1929, *Journ. off.*, p. 679.

propriétaire pourra ne mettre en cause devant les juridictions instituées par l'article 4, que les bénéficiaires actuels du bail révisable.

« Ces bénéficiaires auront le droit d'appeler en garantie tant leurs cédants que tous les autres bénéficiaires, même antérieurs audit bail, ceux-ci pouvant eux-mêmes agir les uns à l'égard des autres par la voie de l'action récursoire¹. »

Le texte ajoute que cette action récursoire « devra être exécutée par déclaration au greffe et suivant les règles de la procédure prévue pour l'action principale. Elle pourra être jointe à l'action principale, et, dans ce cas il sera statué par un seul et même jugement sur l'action principale et sur les actions récursoires. »

Le juge fera, s'il y a lieu, entre les parties en cause la répartition de la majoration que le bénéficiaire actuel aura été condamné à payer.

3. Signalons enfin que le droit de reprise du propriétaire édicté par l'article 21 de la loi du 29 juin 1929 lorsque celui-ci désire démolir l'immeuble pour le reconstruire, est accordé aussi bien à l'égard du sous-locataire que du locataire principal (Com. sup. Cass., 21 nov. 1929, *Rev. Loy.*, 1930.212).

1. Voir notamment : Paris, 27 oct. 1931, *Rev. Loy.* 1932.55; Seine, 8 juill. 1932, *Rev. Loy.* 1932.848.

APPENDICE

Nous croyons utiles de donner succinctement quelques indications sur certaines discussions qui ont eu lieu tant à la Chambre des députés qu'au Sénat sur les projets et propositions de loi tendant à modifier la loi du 30 juin 1926.

I. Droits du sous-locataire.

(Sénat, séance du 21 juin 1932, déb. parl., p. 927, 2^e et 3^e col.).

« Le sous-locataire est recevable à demander le renouvellement de son bail au locataire principal dans la mesure des droits que celui-ci tient lui-même du propriétaire. Cette demande devra être débattue en présence du locataire principal et du propriétaire. »

« A l'expiration du bail principal, le propriétaire n'est tenu au renouvellement que s'il a, directement ou indirectement, autorisé ou agréé la sous-location, et si, matériellement ou dans la commune intention des parties, les lieux faisant l'objet du bail principal ne forment pas un tout indivisible. »

II. Dispositions particulières.

Le Sénat adopte la réforme suivante : (art. 2, déb. parl., *op. cit.*, p. 929, 2^e col.).

« En cas de cession de bail ou de sous-location totale

ou partiellement d'un local à usage commercial, le propriétaire sera appelé à concourir à l'acte.

« Lorsque le loyer de la sous-location sera supérieur au prix de la location principale, le propriétaire aura la faculté de le faire fixer conformément à l'article 3 ci-dessus et d'exiger éventuellement une augmentation correspondante du loyer de la location principale, augmentation qui, à défaut d'accord entre les parties, sera déterminée par le tribunal. »

Vu,
le Doyen,
BERTHELEMY.

Vu, bon à imprimer :
Le Président de Thèse,
A. ROUAST.

Vu et permis d'imprimer :
Le Recteur de l'Académie de Paris,
Pour le Recteur, l'Inspecteur de l'Académie,
J. PERRON.

BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages.

- Aubry et Rau.** — *Cours de droit civil français*, 5^e édit., t. V, 1907.
- Baudry, Lacantinerie et Wahl.** — *Traité théorique et pratique de droit civil*, 3^e édit., « Louage », t. I^{er}.
- Beudant.** — Tome I^{er}.
- Boucher-Beaurain.** — *Des sous-locations et cessions de bail*, thèse, Paris, 1912.
- Bourjon.** — *Droit commun de la France*, II, liv. IV.
- Brodeau.** — *Coutume de Paris*.
- Charondas, Pandectes**, liv. IV, ch. XV.
- Code civil annoté*, articles 1717 et 1753.
- Code civil allemand*, article 264 et 289.
- Code suisse des obligations*, article 549.
- Code forestier annoté*, appendice.
- Colin et Capitant**, *Cours élémentaire de Droit civil français*, 7^e édition 1930, t. II.
- Colmet de Santerre.** — Tome VII.
- De Courcy.** — *Questions de droit maritime*, 1^{re} série, p. 127 et s.
- Demante.** — *Programme de cours de Droit civil*, II^e édit., t. III.
- Desjardins.** — *Traité de droit commercial maritime*, t. III, p. 711 et s.
- Despeisses.** — Titre II, section 4, n^o 25.
- Domat.** — *Œuvres complètes, Du louage*, t. I^{er}, 1828.
- Duranton.** — *Cours de droit civil français*, III^e édit., t. XVII, 1824,

- Duvergier.** — *Le droit civil français suivant l'ordre du code*, t. III.
- Fenet.** — *Travaux préparatoires du Code civil*, t. II, p. 352 et s.; t. XIV, p. 236 et s.
- Ferrière.** — *Coutume de Paris*, t. 1^{er}, 1679.
- Fuzier-Hermann.** — *Répertoire général, Alphabet de droit français, Supplément II*, 1813, v. Louage.
- Garsonnet et César-Bru.** — *Traité théorique et pratique de procédure*, 3^e édit., t. VIII, n^o 186.
- Guillouard.** — *Traité du contrat de louage*, t. I.
- Huc.** — *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, t. X, 1897.
- *Traité de la cession et de la transmission des créances.*
- Jacquinot (Maurice).** — *Les cessions de bail et sous-locations*, thèse, Paris, 1912.
- Josserand.** — *Cours de droit civil positif français*, t. II, p. 582 et s., n^o 1222 à 1232.
- *De l'esprit des lois et de leur relativité*, 1927.
- Laurent.** — *Principes de droit civil français*, 3^e édit., t. XXV.
- Marcadé.** — *L'explication théorique et pratique du Code Napoléon*, 5^e édit., t. VI.
- Merlin.** — *Répertoire de jurisprudence*, 4^e édit., 1872, « Bail, sous-location ».
- Planiol.** — *Traité élémentaire de droit civil*, 10^e édit., t. II, 1929.
- Planiol et Ripert.** — *Traité pratique de droit civil français*, t. X, 1930, p. 675 et suiv.
- Pothier.** — *Traité du contrat de louage*, édit. Bugnet t. IV.
- Raoult (A.).** — *Cessions de bail et sous-locations*, thèse, Paris, 1893.
- Ripert.** — *La règle morale dans les obligations*, 2^e édit., 1927.
- Solus.** — *L'action directe et l'interprétation des articles 1753, 1798-1994 du Code civil*, thèse, Paris, 1914.
- Thézard.** — *Du nantissement des privilèges et hypothèques et de l'expropriation forcée*, n^o 345.

Troplong. — *Droit civil expliqué « Echange-Louage », t. I^{er},* 1840.

Vabriesco. — *Interdiction de sous-louer*, thèse, Paris, 1930.

Yver (Ed.). — *Des sous-locations et cessions de bail*, thèse, Dijon, 1899.

Zachariae. — *Cours de droit civil*, traduit de l'allemand, 2^e édit., t. III.

Revue et périodiques.

Dallôz, 1923.2.169, note de M. Josserand, sur la théorie de l'abus de droit en matière de clauses d'interdiction à la faculté de sous-louer.

Dalloz hebdomadaire, 1928, chron. p. 29, Savatier, « L'interdiction de sous-louer ou de céder. »

Journal de Droit international, t. X.

Répertoire pratique de jurisprudence Commaille, 1932, p. 280, « De l'effet des clauses d'interdiction » (Paul Lapeyre).

Revue trimestrielle de Droit civil, 1923, p. 165. « Notion d'abus de droit » (Demogue).

Revue trimestrielle de Droit civil, 1924, p. 251, « Des sous-locations et cessions de bail » (P. Esmein).

Revue trimestrielle de Droit civil, 1928, p. 365, « Variétés sur l'abus des droits » (Henri Capitant).

Revue trimestrielle de Droit civil, 1928, p. 696, article Demogue.

Revue critique de législation et de jurisprudence, janvier-février 1928, « Des clauses réservant l'agrément d'un tiers pour la cession de droits » (Lagarde).

Semaine juridique, 1927, p. 1105 et s., « Les clauses des baux à loyer relatives à la faculté de sous-louer ou de céder le bail » (P. Esmein).

Législation spéciale des loyers.

Dalloz hebdomadaire, 1929, chron., p. 33, « Droits des sous-locataires » (Colin de Verdière).

Débats parlementaires 1932, 21 juin 1932, Sénat, p. 912 et s.

Débats parlementaires 1932, 5 juillet 1932, Chambre des députés
p. 2458.

Planiol et Ripert. — *Traité pratique de Droit civil français*, t. X,
1930, p. 675 et suiv.

Pandectes périodiques, 1920.1.225 note Hugueney.

Reulos, — Code annoté, art. 2, p. 16.

Revue des loyers et de la propriété commerciale, Henri Mèunier,
années 1920 à 1933.

Revue trimestrielle de droit civil, 1928, p. 163 et 439, « L'assimi-
lation du sous-locataire au cessionnaire ».

Robert Martin et R. Maus. — *Traité sur la propriété commerciale*.
Semaine juridique, 1927, p. 1111, IV, « Les clauses des baux
à loyer relatives à la faculté de sous-louer ou de céder le
bail » (P. Esmein).

Semaine juridique, 1927, p. 273 et s., « Etude sur l'action directe »
(Laborde-Lacoste).

Traité pratique de la propriété commerciale, 1932, Stambouliau.

Les lois nouvelles, 1^{er} janvier, 1927 (P. Esmein).

TABLE DES MATIÈRES

Introduction	1
Chapitre préliminaire. — Caractères distinctifs de la sous-location et de la cession de bail.....	5

TITRE PREMIER

LE DROIT DE SOUS-LOUER. PRINCIPE. PORTEE D'APPLICATION

Chapitre premier. — Du droit de sous-louer le bail.....	17
Chapitre II. — Biens pouvant faire l'objet d'une sous-location.....	24

TITRE II

RESTRICTIONS A LA FACULTE DE SOUS-LOUER

Chapitre premier. — Restrictions légales.....	29
I. Bail à colonat partiaire	30
II. Restrictions formulées par la législation des loyers.....	32
Chapitre II. — Restrictions conventionnelles.....	36
I. Clauses prohibitives	37
§ 1. <i>Interdiction de céder</i>	39
§ 2. <i>Interdiction de sous louer</i>	45
§ 3. <i>Sanction du défaut d'autorisation</i>	49
II. Clauses restrictives	56
§ 1. <i>Obligations du preneur</i>	59
1. Obligation de solliciter le consentement ou l'agrément du bailleur	59
Moyens fréquemment employés par le preneur pour tourner la clause restrictive	61
A. La jouissance gratuite	62
B. Le contrat de gérance	64
C. L'apport en société	66
Faillite du preneur	70
Transmission aux héritiers et légataires.....	72
2. Sanctions du défaut d'autorisation.....	73
Résiliation du bail	74

Nullité de la sous-location	77
Dommages-intérêts	78
3. Le consentement du bailleur	79
Acceptation expresse	79
Acceptation tacite	80
Consentement par écrit	82
§ 2. <i>Obligations du bailleur</i>	83
Position du problème	84
Importance du problème	84
Solution du problème	88
Doctrines	89
Critique de la doctrine	90
Jurisprudence, évolution	95
Fondement de la thèse de la relativité	100
L'abus de droit	104
Que faut-il entendre par motifs sérieux et légitimes	105
Le locataire doit-il justifier d'un motif légitime pour pouvoir sous-louer	108
Obligation pour le preneur de saisir les tribunaux	112
Charge de la preuve	113
Sanctions du refus injustifié du bailleur	114
Tribunal compétent	114
Position de la Cour de cassation	114
Conclusion	116

TITRE III

EFFETS DE LA SOUS-LOCATION

Chapitre premier. — Rapports du preneur avec le sous-locataire	119
Chapitre II. — Rapports du bailleur avec le preneur	124
§ 1. <i>Obligations du preneur</i>	124
§ 2. <i>Obligations du bailleur</i>	130
Chapitre III. — Rapports du bailleur avec le sous-locataire	131
§ 1. <i>Pouvoirs du sous-locataire à l'encontre du bailleur</i>	131
§ 2. <i>Pouvoirs du bailleur à l'encontre du sous-locataire</i>	133
L'action directe	136
Avantages de l'action directe	137
Solution de la jurisprudence	138
Doctrines	143
1. Partisans de l'action directe	143
2. Partisans de la théorie qui refuse l'action directe	146
3. Système de Labbé	151
Conclusions	152
Chapitre IV. — Cas de plusieurs sous-locations successives	156
I. Droits du preneur contre chacun des sous-locataires	156
II. Droits accordés aux sous-locataires	156
III. Droits du bailleur primitif contre chacun des sous-locataires	157

TITRE IV

**RÈGLES PARTICULIÈRES
A LA LEGISLATION SPECIALE DES LOYERS**

Chapitre premier. — Droits du sous-locataire.....	167
§ 1. <i>Locations bourgeoises.....</i>	167
§ 2. <i>Locations à usage commercial</i>	170
Droit des sous-locataires au renouvellement du bail (loi 30 juin 1926, art. 2).....	171
L'action directe	182
L'action oblique.....	184
Conclusion	189
Chapitre II. — Droits du locataire	193
Locations bourgeoises.....	193
Locations à usage commercial	195
Chapitre III. — Droits du bailleur.....	197
1. Restrictions aux droits et pouvoirs du bailleur.....	197
2. Extension des droits et pouvoirs du bailleur.....	198
Appendice	200
Bibliographie	203

Les Editions Domat-Montchestien, 160, rue Saint-Jacques, Paris, 1933.
